

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Eduardo Sens dos Santos

**EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL COLETIVO: A PRISÃO  
CIVIL NO *CONTEMPT OF COURT* COMO MECANISMO DE  
EFETIVAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS**

Dissertação submetida ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do Grau de  
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

Florianópolis  
2011

Catlogação na fonte pela Biblioteca Universitária  
da  
Universidade Federal de Santa Catarina

S237e Santos, Eduardo Sens dos

Efetividade do processo civil coletivo [dissertação] : a prisão civil no Contempt of court como mecanismo de efetivação de decisões judiciais / Eduardo Sens dos Santos ; orientador José Isaac Pilati. - Florianópolis, SC, 2011.  
154 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Processo civil. 3. Legitimidade governamental. 4. Desacato a tribunais. 5. Efetividade. I. Pilati, José Isaac. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Eduardo Sens dos Santos

**EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL COLETIVO: A PRISÃO  
CIVIL NO *CONTEMPT OF COURT* COMO MECANISMO DE  
EFETIVAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 24 de outubro de 2011

---

Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof., Dr. José Isaac Pilati,  
Orientadora  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof., Dr. Marcos Leite Garcia,  
Universidade do Vale do Itajaí

---

Prof. Dr. José Rubens Moratto Leite,  
Universidade Federal de Santa Catarina



## RESUMO

Este trabalho estuda a evolução do direito processual civil brasileiro e mundial na tentativa de identificar se a prisão civil por *contempt of court* é mecanismo legítimo para tornar efetivo o processo civil coletivo. Busca compreender a crise de legitimidade do Judiciário e a forma como o direito estrangeiro lida com o tema.

**Palavras-chave:** Processo civil. Crise de legitimidade. *Contempt of court*. Efetividade.



## **ABSTRACT**

This work studies the evolution of brasilian and mundial civil procedure law in an attempt to identify wether the civil imprisonment is a legitimate mechanism to enforce the collective protection of rights. The work tries to understand the legitimacy crisis of the judiciary and how foreing law deals with the subject.

**Keywords:** Civil procedure. Legitimacy crisis. Contempt of court. effectiveness.





## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
1. OBJETIVOS DA INVESTIGAÇÃO .....	11
2. CONCEITOS OPERACIONAIS E DELIMITAÇÃO DO TEMA .....	14
3. METODOLOGIA A SER APLICADA NA PESQUISA .....	20
4. PLANO DE DESENVOLVIMENTO .....	20
<b>CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO E CRISE DO PROCESSO CIVIL: LEMBRAR, ENXERGAR E SUGERIR ATUALIZAÇÕES PARA ENFRENTAR A CRISE DE LEGITIMIDADE.....</b>	<b>21</b>
1.1. COMO EVOLUIU O PROCESSO CIVIL ATÉ CHEGAR AOS DIAS DE HOJE: LEMBRAR.....	21
1.2. OS EFEITOS DA PÓS-MODERNIDADE NO JUDICIÁRIO: ENXERGAR	34
1.3. COMO O PROCESSO PODE ENFRENTAR A PÓS-MODERNIDADE? ....	59
1.4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO: AS VÁRIAS CAUSAS DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO .....	63
<b>CAPÍTULO 2 – PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUANDO A LIBERDADE CEDE À EFETIVIDADE .....</b>	<b>65</b>
2.1. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA BREVE INTRODUÇÃO .....	66
2.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: FORÇA A <i>PRIORI</i> DOS INTERESSES COLETIVOS .....	67
2.3. DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA .....	70
2.4. EFETIVIDADE <i>VERSUS</i> LIBERDADE .....	73
2.5. DIREITOS INDIVIDUAIS E LIBERDADE: A ESPECIFICIDADE DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.....	75
<b>CAPÍTULO 3 – A PRISÃO CIVIL E O <i>CONTEMPT OF COURT</i></b>	<b>79</b>
3.1. COMO AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS TRATARAM O TEMA “PRISÃO CIVIL”.....	81
3.2. EXPERIÊNCIA DE OUTROS PAÍSES NO TRATAMENTO DA PRISÃO CIVIL: O <i>CONTEMPT OF COURT</i> .....	85
3.3. A PRISÃO CIVIL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS .....	97
3.4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO .....	105
<b>CAPÍTULO 4 – COMO NOSSO DIREITO LIDA COM A FALTA DE EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS? .....</b>	<b>109</b>

4.1. INEXISTÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PODER GERAL DE CAUTELA – DIFICULDADES.....	110
4.2. PREVISÕES ESPECÍFICAS NA LEGISLAÇÃO .....	115
4.3. REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE.....	121
4.4. PROJETOS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	132
4.5. A INEFICÁCIA DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.....	140
4.6. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO .....	143
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>145</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>149</b>

## INTRODUÇÃO

A constatação de que o processo civil brasileiro não prevê expressamente medidas coercitivas eficazes para compelir as partes ao cumprimento das decisões judiciais, colocando em risco a soberania do Judiciário e a tutela dos importantes direitos coletivos, instaurou a inquietação que deu início a este estudo.

Por que isso ocorre? Por que o processo civil brasileiro não é efetivo? Por que se descumprem ordens judiciais? Como outros países tratam do tema? Uma medida drástica como a prisão é viável para conferir eficácia ao atual direito processual brasileiro? A vedação da prisão civil por dívida se aplica ao descumprimento de ordens judiciais?

Com esta hipótese – a prisão civil é mecanismo legítimo para tornar mais efetivo o processo civil – é que se vai trabalhar ao longo do estudo.

### 1. Objetivos da investigação

Para responder a estas perguntas, pretende-se inicialmente realizar um breve apanhado histórico do processo civil brasileiro, partindo das fontes romanas e das diversas influências que o direito português recebeu até ser imposto no Brasil.

Na sequência, buscará o estudo identificar o atual estado evolutivo do Direito Processual Civil, examinando posteriormente os fatores que levaram à evolução observada. A crise de legitimidade do Poder Judiciário e a influência dos novos direitos, da massificação social e da sociedade de informação serão neste ponto estudadas.

Também neste primeiro capítulo a análise buscará compreender como o processo civil brasileiro lida com as influências da pós-modernidade. Relativamente ao direito, a pós-modernidade significa a quebra da departamentalização realizada pelos códigos e, mais além, uma “restauração política e jurídica do Coletivo, da participação e da democratização”<sup>1</sup>. Em outras palavras, significa o momento em que as instituições, em relação a certos bens, funcionarão *participativamente*, nos justos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República: “todo o poder emana do povo”. E isto, com os direitos

---

<sup>1</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011, p. 41.

coletivos, já é sentido de perto, com as obrigatórias audiências públicas e outros mecanismos de participação processual (*amicus curiae*, por exemplo).

Assim, cumpre saber se e em que medida as exigências de participação popular, principalmente nas lides que tenham como objeto os interesses coletivos, alteram a forma de execução das decisões processo civil. Terão estas decisões mais vinculatividade, maior cogência?

Na verdade, as demandas contemporâneas deixam suficientemente claro que o grande desafio do direito pós-moderno é dotar os interesses *coletivos* dos mesmos instrumentos e mecanismos, enfim, da mesma força, que têm os interesses *individuais*. Para tanto, será importante também definir a sociedade como sujeito coletivo de direito, ao contrário da tradicional dicotomia indivíduo *versus* Estado.

Se isso não for feito, como percebe José Isaac Pilati, “a tendência é restar à sociedade as censuras éticas e os apelos morais, convenientemente colocados do lado de fora do Direito”<sup>2</sup>. O que se proporá aqui, então, é a *relegitimação* do processo pela participação de um de seus sujeitos – a própria sociedade, que deve ser reconhecida ela mesma como *sujeito* – o que dotará a decisão de maior vinculatividade e, assim, exigirá a adoção de mecanismos mais eficazes para obter seu cumprimento.

Todavia, não caberá no âmbito estreito deste trabalho definir quando e como o processo será coletivo, ou mesmo identificar quais bens devem receber este tratamento coletivo. O escopo aqui é identificar se a prisão civil, dentre os mecanismos para tornar o processo efetivo, é admissível no direito brasileiro. Enfim, a dúvida a ser respondida é posterior: como aumentar a efetividade do processo civil atual se os instrumentos atualmente previstos (legislação e jurisprudência) são ainda voltados para os direitos de primeira geração.

Para tanto parece importante resgatar o poder de império do juiz, que desde a antiga Roma permitia ao magistrado concretizar suas decisões e que, embora inexplicavelmente esteja diminuído no Brasil, sempre foi reconhecido aos juízes. O poder de império, como se verá, não se confunde com a arbitrariedade. É o poder de coordenar o processo, permitindo que a participação seja ampla e efetiva – não apenas formal – de modo a transformar as decisões, de meras declarações, em resultado prático real. É também o poder de impor

---

<sup>2</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011, p. 29.

cominações para obter o respeito às suas ordens.

Evidentemente que num estudo que trate do princípio da efetividade das decisões judiciais não se pode esquecer que o direito é ponderação. Por isso serão examinadas as implicações da adoção do princípio da proporcionalidade entre direitos fundamentais de igual relevância, como o da liberdade individual e o da inafastabilidade da jurisdição. Em outras palavras, buscar-se-á observar até que ponto a liberdade do indivíduo deve limitar a atuação do Poder Judiciário na realização dos direitos de outros indivíduos.

Neste ponto específico será de suma importância o estudo da força *a priori* dos direitos coletivos. A prisão civil se justifica sempre ou apenas quando a ponderação entre o direito à liberdade e o direito negado pelo litigante conduzirem à necessidade de maior firmeza na efetivação da tutela jurisdicional?

Daí a necessidade de, no estudo que se quer empreender, identificar também a evolução dos direitos, dos clássicos direitos civis até os mais complexos direitos intergeracionais, cibernéticos, difusos e coletivos. Insere-se aqui a preocupação com os *direitos coletivos*, assim compreendidos os direitos difusos e coletivos na acepção que lhes dá o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Na busca das respostas não se pode, todavia, fugir dos textos normativos vigentes. Será estudado, portanto, o significado da expressão “dívida” na regra do art. 5º, LXVII, da Constituição da República, comparando a proscrição de prisão civil em diversos outros ordenamentos e em tratados internacionais. A importância da análise do texto constitucional decorre do fato de ser a única norma brasileira que proscree a prisão civil. Seu alcance e suas delimitações, portanto, deverão ser bem conhecidas a quem pretenda mergulhar neste assunto.

Na parte final, a incursão se dará pelo direito brasileiro para identificar se a legislação vigente admite a prisão civil por descumprimento de ordens judiciais, examinando as hipóteses já existentes desde antes das reformas do Código de Processo Civil e as implicações da introdução de institutos como a execução da tutela específica (art. 461), a tutela antecipatória (art. 273) e as sanções para atos atentatórios ao exercício da jurisdição (art. 14).

Por fim, serão analisados os projetos de reforma do Código de Processo Civil e as implicações penais da desobediência às decisões judiciais, de forma a identificar se a coerção penal obtém ainda hoje alguma efetividade.

## 2. Conceitos operacionais e delimitação do tema

O direito processual, de uma fase *sincrética*, em que era mero apêndice do direito material, passou à fase *autonomista*, de busca pela separação entre direito processual e material, e chegou, no atual momento, à fase *instrumentalista*, em que o processo, embora autônomo, é considerado *instrumento* para a efetivação do direito material. Esta fase se encontra em evolução, diante de aportes recentes como os fornecidos pelas teorias constitucionalista e neo-constitucionalista do processo e pela teoria do processo como procedimento em contraditório. Mas a efetividade ainda não se alcança por completo. Os longos anos de tramitação dos processos, que não são causados apenas pela falta de juízes, mas também pela falta de uma adequada *técnica processual*<sup>3</sup>, são ainda desafio para tornar razoavelmente efetiva a jurisdição.

Por *efetividade* se entende a característica que tem um instrumento (no caso o *processo*) de dar a quem dele se utiliza o efeito esperado, em *tempo* hábil e com a *segurança* esperada. Efetivo é o processo que dá a quem tem razão a tutela jurisdicional necessária para fazer valer o direito material. Esse resultado deve ser alcançado em tempo razoável e com a segurança de que aquela tutela não se modificará novamente. Evidentemente, a efetividade, quando se trata de direitos, não quer dizer *performance*<sup>4</sup> ou efetividade a qualquer custo. Assim, em resumo, efetividade exige certeza, segurança e rapidez.

Para erguer uma parede um pedreiro se utiliza de cimento, areia e tijolos, que empilha de baixo para cima. Estes são seus instrumentos. *Processo*, a expressão utilizada vulgarmente neste estudo para tratar do *processo jurisdicional*, por sua vez, é o instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes para fazer valer, mesmo contra o desejo de uma das partes, o direito material<sup>5</sup>, para construir a parede da Justiça.

---

<sup>3</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 22: “Há estudos negando relação direta entre o número de juízes e a eficiência do Poder Judiciário. Aponta-se o apego exagerado à forma – e a consequente desconsideração do direito substancial – como um dos fatores decisivos para o agravamento da crise neste setor da atividade estatal”. E, mais adiante, na p. 51: “Entre as várias alternativas existentes com vistas à redução da morosidade, propõe-se o reexame da técnica processual, que deve ser tratada com plena consciência de seus objetivos. É preciso compatibilizá-la com a natureza instrumental do processo”.

<sup>4</sup> A expressão é utilizada por Orlando Venâncio dos Santos Filho: SANTOS Fº, Orlando Venâncio. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2005, p. 102.

<sup>5</sup> O conceito, em sua essência, adota o de Alfredo Buzaid na *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Capítulo III, nº I.5.

Processo, assim, é um *método de trabalho*<sup>6</sup> do Estado para chegar à decisão de qual é o direito aplicável e qual das partes tem razão. É dito processo *penal* quando o objetivo do Estado é obter a justa aplicação de uma pena a quem cometeu uma infração penal, processo *administrativo* quando busca subsidiar uma decisão do administrador público, e processo *civil*, em sentido lato, para todas as outras hipóteses<sup>7</sup>.

Não se pode confundir, todavia, processo e procedimento. Procedimento é a sequência ordenada de atos do processo: petição inicial, recebimento, citação, réplica, saneador, instrução e julgamento, por exemplo, em se tratando do procedimento comum ordinário<sup>8</sup>. Processo é a ciência jurídica que orienta e informa o procedimento e exige o contraditório, numa relação de simétrica paridade entre todos os interessados; processo é o procedimento em contraditório, com o objetivo de preparar o provimento<sup>9</sup>.

O processo civil pode ter como objeto a tutela de direitos *individuais* e direitos *coletivos*<sup>10</sup>. Direitos *individuais* são os direitos divisíveis em frações que toquem a um só indivíduo. O direito de uma criança à pensão alimentícia, o direito de reivindicar a propriedade, o direito à indenização por dano decorrente de acidente de trânsito, são todos exemplos de direitos individuais no sentido que aqui se aplica. E, mesmo que sejam exercidos em conjunto, como por exemplo o casal que postula o direito relativo à propriedade da família, ou uma numerosa

---

<sup>6</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 36.

<sup>7</sup> Adota-se aqui a posição de que o processo trabalhista é espécie de processo civil. Relembre-se também que o processo administrativo, quando objetive a aplicação de uma sanção administrativa, é penal. Mas a pena aqui não é criminal (não se trata de apurar um crime), embora as regras que o informem são semelhantes às do processo penal (ampla defesa, presunção de inocência, etc.).

<sup>8</sup> São também faculdades, poderes e deveres dos interessados no processo, conforme FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas : Bookseller, 2006, p. 115.

<sup>9</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas : Bookseller, 2006, p. 118-119.

<sup>10</sup> Omite-se aqui, por não caber no escopo deste trabalho, a polêmica classificação do direito em *público* e *privado*, trazida inicialmente por Ulpiano (“Direito público é o que corresponde às coisas do Estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas”, Digesto, Livro I, Título I, §2º) e atualmente desfocada diante da *publicização* do direito privado. Ver, por todos, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, *passim*. Apenas a título de registro, cite-se a crítica à classificação público-privado de Maria Helena Diniz: “Esse critério da utilidade ou interesse visado pela norma é falho, porque não se pode afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, porque nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 14.

família que pleiteie o reconhecimento do direito de herança, não perdem o caráter de direito individual. O mesmo se diga ainda que o indivíduo seja pessoa jurídica de direito público, um Município, por exemplo. A ação de indenização movida pelo Município contra o particular ou mesmo contra outra pessoa jurídica de direito público que causou dano a seu patrimônio continua sendo pretensão civil relativa a direito individual. *Direito individual*, portanto, é o direito subjetivo divisível de titularidade de um único sujeito, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado<sup>11</sup>.

Direitos *coletivos*, por sua vez, são direitos compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas e, assim, “excedem o âmbito estritamente individual”<sup>12</sup>. O compartilhamento pode ocorrer de forma difusa, coletiva em sentido estrito, ou de forma individual homogênea. Nesta classificação, adotada no direito brasileiro pelo parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, encontram-se: a) os direitos *difusos*<sup>13</sup>, aqueles compartilhados por interessados indetermináveis e decorrentes de uma mesma situação de *fato*, com danos *indivisíveis*. Como exemplo, tem-se o direito de indenização pelos danos decorrentes da poluição praticada por uma fábrica; b) os direitos *coletivos* em sentido estrito<sup>14</sup>, aqueles compartilhados por interessados *determináveis* e decorrentes de uma mesma relação *jurídica*, relação que, todavia, é indivisível. Como exemplo, cite-se o direito a

---

<sup>11</sup> Além da popular dicotomia direito público (estatal) *versus* direito privado (individual), encontram-se outros conceitos na literatura especializada que, contudo, por não terem o mesmo objetivo deste trabalho, não são aqui aplicáveis: “Interesse individual é o que cada sujeito possui para satisfazer suas necessidades e que reverte em seu benefício” BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo : LTr, 2008, p. 52. “Direito individual é o direito subjetivo garantido a todo indivíduo pela Constituição. Relativo a tudo quanto se refere à dignidade da pessoa humana, tal como a vida, a liberdade, a segurança, a propriedade etc.” FULGÊNCIO, Paulo César. *Glossário vade mecum*. Rio de Janeiro : Mauad X, 2007, p. 215.

<sup>12</sup> MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 48.

<sup>13</sup> Art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

<sup>14</sup> Art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.



indenização por danos morais causados a uma escola em relação a seus professores (relação jurídica comum); c) os direitos *individuais homogêneos*<sup>15</sup>, aqueles compartilhados por interessados determináveis, com interesses divisíveis, mas decorrentes da mesma origem comum. Exemplo: adquirentes de um mesmo produto fabricado com defeito de série.

Opta-se neste trabalho pela expressão *direitos coletivos*, consagrada na técnica processual e jurídica brasileira, para evitar equívocos interpretativos. A expressão direitos coletivos, em seu sentido *amplo*, abarca os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Registre-se, todavia, que alguns autores preferem a expressão *direitos difusos*<sup>16</sup> e outros ainda *direitos transindividuais*<sup>17</sup>.

A classificação, reconheça-se, exigiria polimento. Um direito individual, a depender do ponto de vista, pode ser considerado coletivo, como por exemplo o uso anormal da propriedade que venha a causar danos ambientais, ou a improbidade administrativa em relação a um bem público. Como o foco deste estudo é outro, será mantida a classificação já clássica no direito brasileiro.

No âmbito dos direitos coletivos, pelas especificidades que ensejam, o processo civil também é outro, é diferenciado. Trata-se do *processo civil coletivo*, ainda com sólida fundação no processo civil clássico ou tradicional (aquele que trata dos direitos individuais), mas cada vez mais especializado e, atualmente, com novos delineamentos muito importantes.

Na forma tradicional, o processo coletivo é o que tem por objetivo tutelar um direito coletivo (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo). A ação civil pública por danos a consumidores difusos é o melhor exemplo.

Mas, para o processo coletivo pós-moderno, o paradigma se

---

<sup>15</sup> Art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

<sup>16</sup> SOUZA, Motauci Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo : Saraiva, 2000.

<sup>17</sup> MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 48: “Situados na posição intermediária entre o *interesse público* e o *interesse privado*, existem os *interesses transindividuais* (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas”. Note-se que o autor sugere as duas expressões (coletivos e transindividuais), mas o título de seu livro, que abarca tudo isso, trata de direitos “difusos”.

altera, do processo adversarial, para o *paradigma participativo*. Só assim, com um processo coletivo, obter-se-á a tutela adequada aos direitos coletivos, já que a decisão será tomada pela coletividade. Neste paradigma, como propõe de forma inovadora José Isaac Pilati, o referencial “é a república como *res populi*, a república como *coisa coletiva*, e não como forma de governo, apenas”<sup>18</sup>. E isso, para o autor, “significa que somente ela, a Coletividade, e por procedimento próprio, poderá dispor dos mesmos [dos bens coletivos]”<sup>19</sup>. Em outras palavras: o paradigma moderno era o do processo como ato de governo; o paradigma pós-moderno é do processo como ato participativo. Lá o juiz decidia; aqui decide a coletividade, a comunidade, os donos do bem coletivo, em *acordo*. Por isso, “nesse processo democratizado, *juízes* serão as partes, porque o detentor da jurisdição atuará como Magistrado, no sentido romano do termo: presidindo, ouvindo e sacramentando um *acordo*”<sup>20</sup>. No processo que tenha por objeto discussão sobre a instalação ou não de fábrica na cidade, por exemplo, a decisão não é do juiz; ele conduz, orienta, preside o processo, e quem decide é a assembleia pública, os “condôminos”, os donos daquele bem que corre risco de lesão com a instalação da fábrica. Este é, na visão de Pilati, o *processo coletivo próprio*<sup>21</sup>, que, para evitar confusões terminológicas, será aqui denominado *processo coletivo pós-moderno*.

A proposta é inovadora e enseja dificuldades práticas porque está muito além do atual sistema normativo vigente, que não exige, salvo raras exceções (Estatuto da Cidade) sequer audiências públicas. Mas não há dúvidas de que, ainda mais diante do paradigma pós-moderno da democracia participativa<sup>22</sup>, se o objetivo é conferir legitimidade às decisões, a efetiva participação da comunidade no processo é imprescindível<sup>23</sup>. Na análise da crise de legitimidade do Judiciário, que

---

<sup>18</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011. p. 121.

<sup>19</sup> Idem, p. 124.

<sup>20</sup> Idem, p. 139.

<sup>21</sup> Embora o autor citado como paradigma trate por “processo” também os processos administrativos e legislativos, aqui, como o foco é o direito processual civil, entenda-se “processo” por “processo judicial”.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo : Malheiros, 2001.

<sup>23</sup> Como promotor de justiça vem tendo o autor a possibilidade de experimentar na prática este modelo teórico, com bons resultados. Uma boate havia operado durante anos num bairro da cidade de Seara, Oeste de Santa Catarina. Acabou fechada diante de reclamações rotineiras perante a Promotoria de Justiça. Os proprietários elaboraram novo projeto acústico e a reformulação do pátio e do local de entrada e saída dos consumidores, solicitando autorização

se fará logo no primeiro capítulo, este é justamente um dos fatores a ser explorado.

Não se espera vingar de um dia para outro tamanho avanço teórico, diante de tantos anos de arraigada prática do modernismo, pautada pelo individualismo iluminista do Código Napoleão para cá adaptado e até mesmo por uma boa dose de paternalismo. Ainda parece muito requisitada a presença de um *pater*, de um grande e paciente pai a decidir pelos outros, a decidir pelas partes, retirando de suas costas o pesado fardo da responsabilidade. Mas a semente é lançada e, dada a força do grão, não há dúvidas de que florescerá; é preciso cultivá-la.

Mas o objetivo deste trabalho não é discutir como e quando será o processo participativo. O que se pesquisa aqui é, uma vez tomada a decisão, quer seja no processo coletivo tradicional ou pós-moderno, como torná-la efetiva. Parece evidente desde já, todavia, que é muito superior a força vinculativa de uma decisão assim tomada – num processo coletivo pós-moderno: a decisão, diante de sua maior legitimidade, tem por princípio força vinculativa muito maior que a decisão tomada por juiz, ainda que equidistante; aqui a decisão é tomada pelas partes, pelos donos, pelos proprietários do bem coletivo, num exercício não só de *jurisdição*, mas também de *democracia participativa*, de modo que, assim, a soberania da decisão é muito maior. E a desobediência desta decisão, por sua vez, algo muito mais grave.

Por fim, cumpre registrar que a *prisão civil*, no curso deste trabalho, é conceituada por exclusão: é a prisão de efeitos não-penais. É a prisão que tem por objetivo compelir o sujeito ao cumprimento de uma ordem judicial. Não tem caráter punitivo, mas sim cominatório. Em países de direito anglo-saxão, como Inglaterra e Estados Unidos da América, é largamente utilizada nos casos de desacato à corte (*contempt of court*), e recebe lá o mesmo caráter cominatório, livrando o preso assim que cumprida a ordem judicial.

Muitos dos conceitos expostos têm caráter polissêmico, como já visto no caso dos conceitos de direito individual e coletivo, e por isso os conceitos referenciais propostos nem sempre serão precisos, a depender do ponto de vista da análise. Por questões históricas, por exemplo, a expressão *direitos individuais* designa não raras vezes as liberdades civis (outra expressão que não é unívoca). A delimitação elaborada,

---

do Ministério Público para reabertura. O caso foi então levado pela Promotoria de Justiça ao conselho do bairro, em reunião que concedeu a palavra aos empreendedores, à Polícia Militar e aos mais de 30 cidadãos presentes, que acabaram negando o licenciamento da atividade. Diante da decisão comunitária os próprios empreendedores desistiram da reabertura da boate.

todavia, permite maior precisão na análise do tema a ser explorado neste trabalho e, assim, evitar possíveis equívocos interpretativos.

Vários outros conceitos poderiam ser aqui incluídos. Ficarão para o curso do texto, quando serão expostos mais oportunamente.

### 3. Metodologia a ser aplicada na pesquisa

Esta pesquisa se utilizará, em momentos distintos, de dois métodos de pesquisa, por dois motivos fundamentais. No que tange ao conceito operacional “prisão civil”, será necessário recorrer ao método dedutivo, partindo dos conceitos doutrinários (geral) para o caso específico aqui abordado. Entretanto, na justificativa da tese aqui apresentada, a pesquisa se pauta pelo método indutivo: a pesquisa tentará identificar como é tratado o tema nas diversas previsões legais, inclusive no direito estrangeiro e internacional, para daí extrair uma conclusão geral.

César Luiz Pasold admite tal postura científica quando, como aqui, o pesquisador “perceber a necessidade de variar a base lógico-investigatória para poder colher com mais segurança o material para seu relatório e/ou para mais adequadamente relatar os seus resultados”<sup>24</sup>.

### 4. Plano de desenvolvimento

Esta dissertação é apresentada em quatro capítulos. O primeiro busca demonstrar as interconexões entre o processo civil e os novos direitos. Como o processo civil brasileiro lida com os direitos e bens coletivos? A tutela conferida pelo Judiciário aos bens coletivos vem sendo suficiente?

Roma e os romanos: como o povo cujo direito ainda hoje dá fundamento ao direito brasileiro tratava da efetividade das decisões judiciais? Quais eram os poderes do magistrado? E, com o lento passar dos séculos, quais as mudanças nos fazem falar hoje em *crise de legitimidade do Judiciário*? Quais as perspectivas futuras?

Esta será a tônica do primeiro capítulo.

Não se pode falar em prisão sem tratar dos direitos fundamentais, conquista histórica das mais relevantes. Mas, se nada em direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, é porque o direito é, em essência, *ponderação*. O segundo capítulo tentará discutir a relação de ponderação

---

<sup>24</sup> PASOLD, César Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis : Conceito Editorial, Millennium Editora, 2008, p. 91.

entre a os direitos fundamentais à liberdade e à tutela jurisdicional efetiva.

No terceiro capítulo: como evoluiu o tema *prisão civil* no Direito Constitucional brasileiro? E, na sequência, um olhar para o mundo: como países de tradição anglo-saxã, romanística e germano romanística tratam o direito à tutela jurisdicional efetiva? E como, em um país que convive com as os dois maiores sistemas de direito (Canadá), estes problemas são resolvidos? Arrematará o capítulo a análise dos tratados internacionais que abordam o tema.

Por fim: presente e perspectivas de futuro. Quais as atuais “soluções” do processo civil brasileiro? E os projetos de alteração do Código de Processo Civil, o que dizem sobre o assunto? O quarto capítulo, assim, tratará da atual legislação em vigor, analisando também o direito penal aplicável àquele que não cumpre ordens judiciais. É suficiente o atual estágio legislativo; ou é a interpretação que precisa ser atualizada?

## **CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO E CRISE DO PROCESSO CIVIL: LEMBRAR, ENXERGAR E SUGERIR ATUALIZAÇÕES PARA ENFRENTAR A CRISE DE LEGITIMIDADE**

*Sigo há tempos o princípio metodológico de não empreender nada sem render contas à história que se esconde por detrás dos conceitos (Hans-Georg Gadamer, El Giro Hermenéutico, Madrid, 1998, p. 12).*

### **1.1. Como evoluiu o processo civil até chegar aos dias de hoje: lembrar**

Qualquer estudo sobre um tema atual de processo civil deve partir

dos antecedentes históricos que lhe dão forma. Com o tema ora proposto não poderia ser diferente. A atual fase evolutiva do direito processual civil não é fato isolado na história do direito. Serviu-se de fontes romanas, germânicas, canônicas, lusitanas e, mais recentemente, inglesas e norte-americanas. Compreender em que medida cada um dos sistemas jurídicos contribuiu para essa formação jurídico-cultural, rendendo contas à história, é, portanto, essencial.

O resgate do processo romano, principalmente do poder de *imperium* – a prerrogativa que detinha o pretor para fazer valer a sentença – e o modo com que exerciam os magistrados romanos a função jurisdicional, parece ser o ponto de partida necessário.

Seguiram-se, como se verá, séculos de evolução, que culminaram com o marco histórico da Pós-Modernidade<sup>25</sup>. Suas fascinantes evoluções tecnológicas e a velocidade que imprimiu à vida moderna deixaram e deixam operadores do direito atônitos diante das cada vez mais frequentes crises por que passam as instituições. A crise de legitimidade do Judiciário, os novos direitos e a massificação social da sociedade de informação são exemplos claros.

A jurisdição brasileira tenta acompanhar toda essa evolução. Mas, como sempre, o direito caminha a passos lentos e as pequenas evoluções são sentidas apenas de décadas em décadas. Uma delas, ainda em formação, é a da instrumentalidade do processo, que vem lentamente modificando a jurisprudência brasileira.

### 1.1.1. Processo romano – *imperium* e *jurisdictio*

Os tratadistas subdividem o direito processual da Roma clássica em três estágios sucessivos<sup>26</sup>, ainda que não estanques. Já se evidencia pelo estudo desta época, como se verá, a busca evolutiva constante pela desburocratização dos procedimentos. Também é digno de nota o poder de *imperium* do magistrado romano, que será adiante explorado.

O primeiro estágio foi o das *ações da lei* (*legis actiones*) do processo romano primitivo. Neste sistema, só se admitiam cinco<sup>27</sup> específicas ações passíveis de propositura pelas partes interessadas, em

---

<sup>25</sup> Embora não haja consenso entre os historiadores, assume-se aqui como sendo marco da pós-modernidade a queda do Muro de Berlim, em 1989, ícone da crise das ideologias que até então dividiam o mundo no Século XX.

<sup>26</sup> PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Madrid : Saturnino Calleja, 1926, p. 637.

<sup>27</sup> SCHILLER, A. Arthur. *Roman law: mechanisms of development*. Malta : Mouton Publishers, 1978, p. 189.

procedimento excessivamente solene<sup>28</sup> e de rituais quase mágicos. Qualquer deslize nos gestos ou nas palavras poderia levar à perda da demanda<sup>29</sup>. Aceita-se que este estágio durou da fundação de Roma até aproximadamente o ano 140 a.C.

Seguiu daí o *período formulário* ou clássico. O magistrado, a pedido das partes, concedia discricionariamente<sup>30</sup> *fórmulas* que posteriormente poderiam ser utilizadas para provocar a ação dos juízes (*iudex*), que no mais das vezes eram *árbitros privados* escolhidos pelas partes. Os juízes, em nome do Estado, decidiam a causa após ouvirem as partes e produzirem as provas necessárias<sup>31</sup>. Esta fase se iniciou com o avanço do Império Romano e durou até aproximadamente 200 d.C., quando, segundo os tratadistas, ingressaram os romanos na fase da *cognição extraordinária*.

De características já bastante assemelhadas ao processo atual, nesta última fase contavam as partes com funcionários do Estado como magistrados. Ao invés de simplesmente redigirem a fórmula e enviarem as partes para o *iudex*, na cognição extraordinária o próprio magistrado dava a sentença ao caso<sup>32</sup>. O processo passou a ser escrito e as fases processuais foram bem delimitadas: pedido, defesa, instrução, sentença e execução. Admitiam-se apelações<sup>33</sup>. O imperador podia ele mesmo decidir casos que julgasse importantes ou cuja decisão lhe fosse requerida pelas partes<sup>34</sup>. Esta fase vigorou até o ano 565 d.C.

É interessante atentar aqui para os conceitos de *jurisdictio* e *imperium*, que nesta fase ficaram bastante evidentes, mas que permearam todo o direito romano.

Desde o período das *legis actiones* os romanos distinguiam-se três categorias de atribuições dos magistrados: *imperium merum*, *imperium mixtum e jurisdictio*<sup>35</sup>. O primeiro correspondia ao poder do magistrado de sujeitar terceiros a seu poder, que nada tinha a ver, em princípio, com o poder de julgar (*jurisdictio*). Tratava-se, em verdade,

---

<sup>28</sup> WOLFF, Hans Julius. *Roman law: an historical introduction*. Oklahoma : University of Oklahoma Press, 1951, p. 75.

<sup>29</sup> PETIT, Eugene. *Op. cit.*, p. 644.

<sup>30</sup> WOLFF, Hans Julius. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>31</sup> PETIT, Eugene. *Op. cit.*, p. 654.

<sup>32</sup> Idem, p. 681.

<sup>33</sup> Idem, p. 682.

<sup>34</sup> WOLFF, Hans Julius. *Roman law: an historical introduction*. Oklahoma : University of Oklahoma Press, 1951, p. 85.

<sup>35</sup> ULPIANO, Digesto, 2º título, 1 s3, citado por LONG, George. *Imperium*. in SMITH, William. *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London : John Murray, 1875, p. 628-630.

de poder discricionário, inerente ao processo, mas não diretamente relacionado com a jurisdição em si, que conferia ao magistrado o poder de sancionar e mesmo infligir castigos corporais<sup>36</sup>.

O segundo – o *mixtum imperium* – é definido por Ulpiano como o poder de *coerção* do magistrado relacionado à administração da justiça civil. Em outras palavras, era o poder que tinha o magistrado de fazer valer a lei e suas próprias decisões. O *imperium*, portanto, nesta segunda acepção, era o poder de coerção relacionado à jurisdição<sup>37</sup>: quem dava as ordens naturalmente podia punir a desobediência. Daí o adjetivo *mixtum*: eram poderes – jurisdição e império – que se misturavam, de modo que não havia jurisdição possível sem império, embora pudesse haver *imperium* sem jurisdição<sup>38</sup>.

Por fim, a *jurisdictio* compreendia o poder de organizar o processo e enviar as partes ao juiz ou árbitro (*judicare jubere*), que compreendia o poder de publicar editos, com regras aplicáveis a todos os cidadãos romanos durante o período de sua atuação (uma espécie de regras processuais do próprio magistrado). Também, é claro, a *jurisdictio* compreendia o poder de o próprio magistrado delegar a decisão a um *iudex* ou aos árbitros, o que ocorreu com mais frequência no último período, da cognição extraordinária. O *iudex*, neste período do Direito Romano, limitava-se ao pronunciamento; a execução – e consequentemente o poder de punir a desobediência – eram de competência do magistrado. Mas somente a união de ambas as funções é que configurava a “jurisdição”, no conceito em que é conhecida hoje.

Na verdade, os magistrados “herdaram os poderes do rei e por isso reuniam *imperium* (poder de castigar, impor penas aos cidadãos) e *potestas* (direito de falar e agir em nome da *civitas*; convocar o povo para as deliberações de sua esfera e de baixar ordenanças escritas, *edicta*)”<sup>39</sup>.

Traz-se ao leitor esta distinção para demonstrar que o Direito

<sup>36</sup> PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Madrid : Saturnino Calleja, 1926, p. 639.

<sup>37</sup> “Mixtum Imperium is defined by him as that ‘cui etiam jurisdictio inest’, or the power which a magistrate had for the purposes of administering the civil (not criminal) part of the law [...] The *mixtum Imperium* was nothing more than the power necessary for giving effect to the *Jurisdictio*”. LONG, George, *ob. cit.*, p. 628.

Eugene Petit também registra esta interpretação: “Desde luego se comprende que la administración de la justicia civil no puede asegurarse sin cierto derecho de coacción, y el magistrado sólo tendría en la *jurisdictio* um poder ilusorio si no pudiese hacer ejecutar las medidas que ordena”. *Op. cit.* p. 639.

<sup>38</sup> Ter-se-ia então o *imperium merum*, ou seja, o poder de império na primeira acepção, a autoritária.

<sup>39</sup> PILATI, *op. cit.* p. 82.



Romano não compreendia a *jurisdição* como o simples exercício de *dizer o direito*, como pode parecer a quem busque apressadamente a etimologia da palavra (*juris*=direito; *dicere*=dizer). O poder do magistrado, nesta fase do direito romano, incluía obrigatoriamente o poder de coerção (representado pelos três verbos: *do*, *dico*, *addico*) necessário a tornar efetivas as decisões judiciais<sup>40</sup>. Os verbos significavam, respectivamente: *dico* – publico uma regra geral; *do* – dou um juiz às partes; *addico* – reconheço o direito dado pelo juiz a uma das partes<sup>41</sup>.

Há que se registrar, todavia, que o direito romano pouco se utilizava da execução específica das decisões judiciais. Mesmo condenações de restituir coisa certa eram convertidas em obrigação pecuniária no caso de negativa do devedor<sup>42</sup>. Todavia, o devedor que não pagasse ou apresentasse fiador era feito escravo e, caso não fosse obtida sua venda, podia ser morto pelo credor<sup>43</sup>.

Recordar essa classificação é de suma importância para um trabalho que pretenda investigar a possibilidade ou não de prisão civil pelo descumprimento de decisões judiciais. Adiante o tema será desenvolvido. Por ora basta a notícia histórica e a transcrição da crítica de Ovídio Baptista ao atual “processo de conhecimento”, que bem revela um certo “esquecimento” do *imperium* pelos juízes: “É através do ‘processo de conhecimento’, *ordinário* por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital”<sup>44</sup>, quando, por exemplo, mantinha ou reintegrava a posse antes de encaminhar ao *iudex*, por força do *imperium mixtum*.

De fato, fica clara a perda deste poder do magistrado contemporâneo de dar ordens e de torná-las efetivas. Embora teoricamente até se confira ao juiz o poder de adotar as medidas necessárias a tornar seu provimento efetivo (art. 461, Código de

---

<sup>40</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 278.

Sob o verbete *Coercitio*, esclarece Adolf Berger: “Os magistrados tinham o poder de forçar obediência a seus comandos e de punir secundárias transgressões mediante certas coerções ou medidas repressivas (prisão, multas, penhoras). Geralmente não havia recurso contra os atos de coerção dos magistrados, que eram aplicados discricionariamente, sem nenhum procedimento preestabelecido”. BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. New Jersey : The Lawbook Exchange, 2004, p. 393, tradução livre.

<sup>41</sup> PILATI, *op. cit.* p. 84.

<sup>42</sup> PETIT, Eugene. *Op cit.* p. 649.

<sup>43</sup> Idem, p. 652.

<sup>44</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 27.

Processo Civil), a interpretação que é dada pela jurisprudência, ao reduzir multas, impedir a execução imediata, negar vinculatividade a sentenças antes de toda uma gama de recursos, retira do Judiciário aquele *imperium* que sempre acompanhou os romanos e que fez daquela civilização espelho para o direito de boa parte do mundo ocidental: o poder de punir desobedientes, de utilizar instrumentos de coerção eficientes e de, enfim, fazer valer sua própria decisão.

### 1.1.2. Do processo comum ao Estado Moderno

Até aqui se pode ter bastante clara a evolução que teve curso nos primeiros séculos da era cristã. Em aproximadamente 700 anos o processo passou de um ritual mágico para um período de fórmulas estritas até chegar a uma espécie embrionária do processo civil atual.

Mas outra nota é importante para o estudo que se busca aqui empreender: a evolução, como se percebe, teve por mote a segurança e a desburocratização do procedimento, e foi causada justamente pelo aumento da complexidade das relações sociais, gerada pela expansão do Império Romano. Não havia, por outro lado, grande preocupação teórica com a efetividade das decisões, o que é plenamente justificável diante das severíssimas penas pessoais ao descumpridor da ordem do Estado decorrentes do poder de *império*.

Como todo império, também o Romano ruiu. As invasões germânicas quebraram essa linha evolutiva que vinha se esboçando e reavivaram institutos já antigos como as ordálias. Misturaram-se o direito medieval romano e os institutos ainda muito incipientes do direito bárbaro e, ao caldo formado por essa mescla de culturas, uniram-se ainda os ingredientes do direito canônico. Criou-se assim, lentamente, o que se convencionou chamar de *processo comum* (comum aos diversos povos), permeado por princípios como o da formalidade e por intensa lentidão e complexidade.

Os textos romanos, como por exemplo os de Justiniano, difundiram-se pela Europa e pelo Oriente, pelas mãos de compiladores e comentaristas, como Basílio I, que editou no ano 879 o seu *Próchiron*, um manual prático inspirado nas Instituições de Justiniano que passou a ser largamente utilizado e, adotado por Leão VI, foi traduzido para o grego, com larga aceitação, principalmente pela reorganização

sistemática das matérias<sup>45</sup>.

O declínio do Império Bizantino, com as derrotas nas Cruzadas, acabou freando esta expansão, que teve momentos de apogeu no ano 1056 com a conquista de Bagdá e da Palestina. E, “sobre o direito romano-bizantino estratifica-se agora o direito islâmico e essa área do Mediterrâneo sai da órbita dos direitos de origem romanística: só voltará a ela no decorrer da expansão colonial européia do século XIX”<sup>46</sup>.

Já na alta idade média, por sua vez, o direito romano reencontra espaço, principalmente por se tratar de direito escrito que, assim como a Bíblia, era passível de interpretação pelas mesmas regras da teologia cristã. Os Glosadores (Escola de Bolonha), como Acúrsio, Graciano e mais tarde os Comentadores (como Bártolo, que acabou criando este método de interpretação jurídica, de comentários ao texto legal, origem da concepção moderna de direito<sup>47</sup>), adaptam os textos romanos à realidade política, econômica e jurídica de seu tempo.

A partir do século XVIII a burguesia consolidou gradativamente seu poder econômico, já exteriorizado pela Revolução Industrial. O capital passou das mãos do clero e da nobreza para os então donos dos meios de produção, que assim detinham grande poder político, capaz de abalar a estrutura monárquica. Com a impossibilidade de convivência pacífica entre idéias liberais e o monarquismo absolutista sobreveio então a Revolução Francesa, em 1789<sup>48</sup>.

No entanto, como regime incipiente que era, o Estado Burguês precisou acercar-se de todas as garantias necessárias a evitar que o absolutismo voltasse a exercer seu poder. O princípio da legalidade, então, foi “a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto”<sup>49</sup>. A lei, porque presumidamente decorrente da vontade sábia e geral do povo, deveria ser cegamente obedecida, sob pena de retrocesso ao estado anterior (monarquia absolutista).

A partir desse absolutismo da lei, e com receio de que os juízes, então detentores de cargos hereditários e negociáveis<sup>50</sup>, pudessem

---

<sup>45</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo : Martins Fontes, 2007, p. 43-44.

<sup>46</sup> Idem, p. 45.

<sup>47</sup> LOSANO, *op. cit.*, p. 53-54.

<sup>48</sup> FLORENZANO, Modesto. *As revoluções burguesas*. 8. ed. São Paulo : Brasiliense, 1987, p. 25.

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

<sup>50</sup> Idem, p. 26.

aplicá-la de modo contrário aos interesses burgueses, cunharam-se teorias como a da separação de poderes<sup>51</sup>. No Estado Liberal, pós-revolução, o Poder Judiciário deveria se limitar a declarar a *vontade* do Poder Legislativo. Quaisquer considerações políticas sobre o conteúdo da lei eram expressamente vedadas pelo sistema vigente<sup>52</sup>. “O jurista torna-se servo da lei porque é antes do mais um servo da razão, e esta está contida na lei”<sup>53</sup>. Exemplo emblemático do período foi a expressa proibição de se interpretar o Código Civil, imposta por Napoleão em seus devaneios autoritários.

O substrato teórico para a Revolução Francesa foi o *positivismo* que, aplicado ao direito, tentou importar para as ciências jurídicas os métodos das ciências naturais, notadamente a dedução, a observação e a experimentação. Os juristas, assim, obteriam resultados verdadeiros ou falsos em suas interpretações, da mesma forma que uma fórmula matemática ou um experimento químico chegariam ao mesmo resultado.

Diante dessa postura, caberia aos juízes apenas *observar* a legislação vigente, *deduzir* dela a norma aplicável ao caso e, por meio da experiência, condensada no pensamento dos tribunais, verificar se a solução foi acertada ou não. Não percebiam os jusfilósofos deste período o que hoje é claramente notado: ao contrário das ciências naturais, em que o estudo não muda o objeto estudado (caráter informativo), nas ciências jurídicas a evolução depende não só da informação obtida, mas também da direção que se quer dar (caráter diretivo)<sup>54</sup>. Em outras palavras: a aplicação do direito evidentemente

---

<sup>51</sup> “Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente [...] O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo : Martin Claret, 2010. Embora sem essa deformação inicial, a teoria dos freios e contrapesos de Montesquieu acabou evoluindo no período napoleônico para o fortalecimento exacerbado do Legislativo e, posteriormente, nos tempos atuais, para o fortalecimento do Executivo, como ensina também Giorgio Agamben, já citado.

<sup>52</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 628.

<sup>53</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*: introdução e teoria geral. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 156.

<sup>54</sup> “Ora, quando um físico define o *movimento*, prepondera a função informativa. Suas definições teóricas superam-se à medida que o estado de coisas referido muda, ou porque se descobrem novos aspectos relevantes, ou porque os aspectos antes tidos por relevantes não o são mais. Já quando o jurista define a *posse*, mesclam-se as duas funções. Ele não informa apenas sobre como se entende a posse, mas também como ela *deve ser* entendida. [...] Nesse sentido, se diz também que a ciência jurídica não apenas *informa*, mas também *conforma* o

depende de um exercício de criação e de vontade do aplicador<sup>55</sup>.

Uma das decorrências interessantes deste período foi o reconhecimento de um caráter apenas *repressivo* à jurisdição. Como forma de evitar que o tão temido poder dos juízes interferisse nas novas relações sociais nascidas da ascensão da burguesia ao poder, não se podia tolerar que o Judiciário atuasse antes de um dano efetivamente ocorrer. A liberdade burguesa era garantida pela impossibilidade de o Estado intervir nas relações privadas<sup>56</sup>.

Do mesmo modo, se o princípio fundamental do Estado Moderno deveria ser a liberdade do indivíduo, ainda que com todas as mazelas que daí decorriam<sup>57</sup>, não caberia ao Poder Judiciário constrangê-lo a cumprir de forma específica as obrigações de fazer: contentava-se o direito com a conversão da obrigação em perdas e danos, como, de resto, também ocorreu durante largo período no Direito Romano<sup>58</sup>.

### 1.1.3. A jurisdição na pós-modernidade e a transformação do princípio da legalidade

Evidentemente a Revolução Francesa não foi o último momento evolutivo na teoria do Estado. Seguiram-se as importantes revoluções socialistas (Rússia, Cuba, Leste Europeu), as guerras mundiais, a guerra fria, a queda do Muro de Berlim e o neoliberalismo<sup>59</sup>. Todos os países observaram intenso êxodo rural e com a aglomeração das pessoas nos grandes centros as relações sociais tornaram-se massificadas. A

---

fenômeno que estuda, faz parte dele. A *posse* é não apenas o que é socialmente, mas também como é interpretada pela doutrina jurídica". FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2003, p. 39-40.

<sup>55</sup> Veja-se, por exemplo, a distinção de Friedrich Muller entre norma-texto (texto da lei), norma-direito (mandamento jurídico justo) e norma-decisão (sentença), resumida em BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo : Malheiros, 2001, capítulo 9.

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

<sup>57</sup> Olvidou-se que a liberdade absoluta só poderia ser adequada em um regime que também resguardasse a *igualdade* absoluta entre os cidadãos. No regime burguês, e ainda nos dias de hoje, a liberdade dos detentores do capital diminui ou suprime a liberdade dos marginalizados.

<sup>58</sup> A ação reivindicatória, por exemplo, terminava em perdas e danos, sem obrigação de devolver a coisa. A “fórmula” determinava que, não sendo devolvida, a parte derrotada deveria pagar o valor da coisa ao declarado dono. SCHILLER, A. Arthur. *Roman law: mechanisms of development*. Malta : Mouton Publishers, 1978, p. 436.

<sup>59</sup> Embora não haja consenso entre os historiadores, assume-se aqui como sendo marco da pós-modernidade a queda do Muro de Berlim, em 1989, ícone da crise das ideologias que até então dividiam o mundo no Século XX.

complexidade do pós-modernismo em pouco tempo obrigou a se alterarem as noções básicas cunhadas pelo liberalismo.

O exercício da jurisdição, que até então tinha por norte códigos pretensamente perfeitos e completos, passou a se deparar com intensa produção legislativa extravagante (que *vaga* fora dos códigos). O desafio passou a ser compreender um direito que já não mais provinha de “um” legislativo, mas de vários interesses distintos dentro de um mesmo legislativo, ora bem representados por *lobbies*, ora por sindicatos, grupos de empresários ou setores específicos do serviço público, entre outros<sup>60</sup>.

Assim, o princípio da legalidade, como tantos outros cunhados durante os preparativos para a Revolução Francesa (liberdade contratual, propriedade como direito absoluto, entre outros), observou a intensa transformação derivada da passagem de um Estado Unitário para um Estado Pluralista.

“O Estado pluralista, como não poderia deixar de ser, leva ao pluralismo do Direito, que *não é mais de origem necessariamente estatal*. Além do Direito estatal, há o Direito surgido da auto-regulação de grupos econômicos, culturais e sociais”<sup>61</sup>. Dir-se-ia, inclusive, que além do Direito estatal parlamentar há o Direito estatal não-parlamentar<sup>62</sup>.

Evidentemente, esses ordenamentos setoriais, sendo ordenamentos derivados do ordenamento primário que é o Estatal, exigem sempre e constantemente um *reenvio*. Em outras palavras, se a lei é resultado da *coalizão de forças* e assim acaba direcionada a

---

<sup>60</sup> Ovídio Baptista da Silva, ao demonstrar que a teoria hobbesiana de equivalência entre lei e justiça foi superada pela história, afirma: “a lei atende a interesses políticos, na verdade mais econômicos que políticos, mais mercantis do que propriamente econômicos, sem uma direta intencionalidade jurídica, uma norma jurídica, ao fim e ao cabo, descompromissada com a justiça”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro : Forense, 2008, p. 280.

<sup>61</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 786, p. 21, abr. 2001.

<sup>62</sup> Vale transcrever trecho de Karl Loewenstein, citado por Alexandre Santos de Aragão: “É necessário ter bem claro que o princípio da necessária separação das funções estatais segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo tempo. O descobrimento ou invenção da teoria da separação de funções foi determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como um protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia nos séculos XVII e XVIII”. Idem, p. 31.

determinado setor<sup>63</sup>, é preciso que se submeta a um controle não apenas formal, mas também e principalmente *material*, que considere o respeito aos princípios de justiça<sup>64</sup>.

Vê-se aí a importância que se dá, no direito processual pós-moderno, à tutela do direito substancial, do direito material. Ao contrário do que até então se postulava pela tradição positivista, não basta a conformação do caso concreto ao texto da norma (subsunção), mas é preciso que pela jurisdição se alcance a efetivação do direito material através do direito processual, fazendo cumprir a promessa do direito material. Se, por exemplo, a lei ambiental promete o direito à sadia qualidade de vida (art. 225 da Constituição), o direito processual tem de viabilizar o cumprimento desta promessa, sob pena de inconstitucionalidade, até mesmo por omissão. Trata-se do direito fundamental à tutela jurisdicional, que mais adiante será examinado, mas que – já se pode adiantar – exige que a técnica processual seja estruturada e compreendida de acordo com as necessidades do direito material<sup>65</sup>.

#### **1.1.4. O instrumentalismo processual – uma fase em evolução**

O processo civil brasileiro, surgido quando ainda o Brasil era colônia, importou este caldo formado pelo processo romano, medieval, canônico e lusitano e dele se serviu, com a aplicação das Ordenações Filipinas, datadas de 1603. Como principais características do processo luso-brasileiro podem-se enumerar: a colheita da prova em segredo de justiça, inclusive para as partes, sem possibilidade de participação ativa do juiz; e a exigência de impulso das partes a cada fase processual. Chama a atenção que, não bastasse toda a lentidão do procedimento, os recursos contra as decisões interlocutórias sempre tinham efeito suspensivo, tornando ainda mais burocratizado o processo.

Com o iluminismo e o liberalismo, não é preciso entrar em detalhes sobre o que se seguiu. Basta recordar que com a edição do Código Comercial brasileiro elaborou-se o Regulamento nº 737, que

---

<sup>63</sup> Exemplo de lei intensamente influenciada por setor específico é o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), que dentre outras discrepâncias dá caráter de autarquia federal à OAB e confere direito de o advogado “ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares” (art. 7º, VI).

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

<sup>65</sup> Idem, p. 138.

além de regular o processo das causas mercantis passou a disciplinar todo o processo civil. Após a tentativa frustrada de criar códigos de processo estaduais editou-se o Código de Processo Civil de 1939, criticado por manter vigentes as anacrônicas regras do direito lusitano<sup>66</sup>.

A grande evolução talvez tenha surgido com o Código de Processo Civil de 1973, hoje vigente. Ainda que com preocupações nitidamente positivistas – o que fica bastante claro pela subdivisão estanque em processo de conhecimento, cautelar e de execução –, teve o Código o mérito de tornar clara a autonomia da relação jurídica processual diante da relação jurídica substancial.

Atualmente os autores brasileiros registram três *fases metodológicas fundamentais* do direito processual civil<sup>67</sup>. Pela clareza que traz ao estudo, o exame da classificação é bem-vindo.

Na primeira das fases, denominada de *adjetiva*, que vigorou até meados do século XIX, não se havia compreendido ainda a autonomia da relação jurídica processual diante da relação jurídica substancial. O processo era compreendido como simples forma de exercitar o direito material, sem que se considerassem *jurídicas* as relações existentes entre os sujeitos do processo.

Na segunda fase – *autonomista ou conceitual* –, típica da ideologia racionalista do positivismo filosófico, partia-se em busca de conceitos, em busca da obtenção da essência dos institutos, de sua natureza jurídica, para dogmatizar o processo civil na intenção de torná-lo científico<sup>68</sup>. Neste período é que se travaram as grandes discussões sobre a natureza do direito de ação e os conceitos fundamentais da ciência jurídica se amadureceram.

Embora não se possam negar os avanços deste período, é preciso fazer um contraponto. Com a incessante busca pela positivação do direito<sup>69</sup>, pela criação de um sistema perfeito, completo e fechado<sup>70</sup>,

<sup>66</sup> Serviu de referência para o escrito até aqui THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. v. 1. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 10-17..

<sup>67</sup> Colhe-se da obra de Cintra, Grinover e Dinamarco a separação metodológica da história do direito processual brasileiro em três “fases metodológicas fundamentais”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 42.

<sup>68</sup> Como era próprio da filosofia positivista, também os filósofos do direito buscavam incessantemente torná-lo uma “ciência”, e como tal eram consideradas apenas as ciências exatas, em que se obtinham resultados seguros, certos e praticamente matemáticos.

<sup>69</sup> A influência da ideologia positivista no processo brasileiro é brilhantemente desenvolvida por Ovídio Baptista: SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

<sup>70</sup> Utiliza-se aqui o conceito de Tércio Sampaio Ferraz Jr., para quem no sistema fechado “o direito constitui uma totalidade, que se manifesta no sistema de conceitos e proposições



acabou-se vedando aos juristas análises pragmáticas de suas posturas. O processo civil, assim, negligenciou atenção aos seus resultados empíricos ou à realização da justiça nos casos concretos, e se satisfaz com a perfeição do exercício de aplicação das regras aos casos (subsunção).

A terceira fase na evolução histórica do direito processual é a *instrumentalista*. Para os juristas desta fase, o momento de preocupações unicamente técnico-dogmáticas já é passado, embora não se possa negar a função social da dogmática jurídica<sup>71</sup>, obtida na fase anterior. O processo já atingiu níveis adequados de desenvolvimento, mas ainda falha na produção de *resultados práticos*<sup>72</sup> e, para os processualistas desta terceira fase, é agora necessário tirar os olhos do processo em si para voltá-los à vida externa, com todas as suas complexidades e contingências<sup>73</sup>.

Nesta fase instrumentalista tentam então os juristas demonstrar que o processo, embora de disciplina autônoma em relação ao direito material, não pode deixar de ser compreendido como *instrumento* para a obtenção do direito subjetivo. Sua disciplina, suas formalidades, seus procedimentos, portanto, devem atentar para este fato e servir primordialmente para a efetividade das decisões judiciais.

É preciso, todavia, respeitar as posições subjetivas não apenas das partes, mas de todos os interessados no provimento. O processo, assim, só é válido se as etapas do procedimento forem todas permeadas pelo contraditório, numa relação de simétrica paridade entre todos os interessados<sup>74</sup>.

jurídicas, em íntima conexão. Nesta totalidade que tende a fechar-se em si mesma, as lacunas aparentes devem sofrer uma correção, no ato interpretativo, não pela ‘criação’ de nova lei especial, mas pela redução de um caso dado à lei superior na hierarquia lógica” (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976, p. 33).

<sup>71</sup> Para Tércio Ferraz Jr., a dogmática analítica “é um instrumento capaz de proporcionar uma congruência dinâmica entre os mecanismos de controle social, como normas, valores instituições. [...] Cumpre à dogmática conferir-lhe [ao sistema] um mínimo de coerência e razoabilidade para que se possa dominá-lo e exercitá-lo tecnicamente” (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2003, p. 253).

<sup>72</sup> Cintra, Grinover e Dinamarco, ob. cit. p. 43.

<sup>73</sup> Eduardo de Avelar Lamy retrata bem esta necessidade: “A questão da efetividade da tutela jurisdicional é a chave para a compreensão da necessidade de se modificar e adaptar o ordenamento legal processual às vicissitudes do direito material. Devem existir diferentes ‘relevos’ de direito processual para a obtenção prática dos direitos materiais e suas variadas ‘topografias’”. LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2 ed. Curitiba : Juruá, 2008, p. 17.

<sup>74</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas : Bookseller, 2006, p. 124. Vide também GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e*

Cintra, Grinover e Dinamarco concordam em situar o atual estágio evolutivo do direito processual civil nesta fase. Não parece ser possível tamanho otimismo. Se é certo que obras contemporâneas de processo civil já estejam bastante avançadas, infelizmente não é igualmente certo que os atores envolvidos na aplicação do direito processual tenham alcançado o mesmo nível. Por conta de um sem-número de fatores, dentre os quais se poderia incluir um certo “fordismo” imposto pelos tribunais aos seus juízes<sup>75</sup>, a preocupação maior ainda tem sido a de realizar uma “boa e rápida” subsunção do fato à norma. O *resultado prático*, que deveria ser justo e efetivo, parece não ser a preocupação principal.

Por isso a opção deste trabalho em situar o processo civil brasileiro contemporâneo no meio desta evolução, justamente entre a fase conceitual e a fase instrumentalista. Em outras palavras, já se discursa pela instrumentalidade, mas a prática ainda resiste ao conceitualismo positivista: vive-se uma fase em transição.

## 1.2. Os efeitos da pós-modernidade no Judiciário: enxergar

No meio desta transição, entretanto, vem surgindo e se firmando o que se convencionou chamar de pós-modernidade. Se para a política a pós-modernidade representa o fim das ideologias, tal qual compreendidas até a queda do Muro de Berlim, para o direito entende-se por pós-modernidade a quebra da departamentalização realizada pelos códigos (a quebra da ideologia da unicidade) e, mais além, uma “restauração política e jurídica do Coletivo, da participação e da democratização”<sup>76</sup>. Isso porque, na pós-modernidade se encontra o terceiro estágio da Revolução Industrial, que conta agora com sofisticados computadores e sistemas de informação como meio de

---

*teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro : Editora Aidê, 1992, p. 68. Exemplo de quebra da paridade era a antiga proibição de recorrer em liberdade da sentença de pronúncia no processo penal, que, apesar de ainda vigente, não é mais aplicada: “Art. 585. O réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei a admitir”. Vide, sobre este específico ponto, BANDEIRA, Leonardo Costa. *Do direito constitucional de recorrer em liberdade*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

<sup>75</sup> Na verdade, o “fordismo” judiciário já está ficando para trás. Atualmente, por conta de um sem-número de exigências do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), cada vez mais os juízes assumem funções meramente cartoriais, preenchendo relatórios, planilhas, realizando inspeções e vistorias, e até mesmo dando comandos e senhas que, segundo as orientações do CNJ, deglutidas docilmente pelas corregedorias estaduais, devem ser realizadas pessoalmente pelos já assoberbados juízes.

<sup>76</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011, p. 41.

produção.

Assim, além da quebra do paradigma da legalidade, na pós-modernidade, as facilidades tecnológicas passam a exigir que as instituições funcionem *participativamente*, nos justos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República: “todo o poder emana do povo”. O que antes parecia impossível, pelo tradicional argumento de que seria impossível trazer todos os cidadãos a uma espécie de ágora romana, perde sentido com mecanismos como a internet, urnas eletrônicas e biométricas, que permitem apurações em menos de uma hora. Esta exigência cada vez maior de participação, com os direitos coletivos, já é sentida de perto, nas obrigatórias audiências públicas e outros mecanismos de participação processual (*amicus curiae*, por exemplo).

O Judiciário, instituição tradicionalmente conservadora, mal emerge de uma crise (a da modernidade) e já se vê submerso na crise da pós-modernidade, em que sofre, como diversas outras instituições, com a *crise de legitimidade*. Não se entenda, todavia, a palavra *crise* como algo puramente negativo. São as crises que abalam as estruturas e fazem evoluir o direito.

Outro fenômeno que acompanha a pós-modernidade, e que também gera a evolução do direito processual civil, é a vivência em sociedades *massificadas* e baseadas na *informação* (*massificação social e a sociedade de informação*). Têm fundamental importância para a compreensão do atual quadro do sistema processual brasileiro, portanto, o êxodo rural e o incremento cada vez maior da tecnologia de informação (Internet, computadores, telefones) na vida cotidiana.

Uma terceira causa da evolução até aqui sentida, e também decorrência da pós-modernidade, é o reconhecimento de *novos direitos*, direitos de grupos, como o direito dos idosos, o direito ambiental, o direito dos consumidores, o direito dos acionistas, entre outros.

O reconhecimento de novos direitos implica também em nova tutela para estes direitos, que não esteja mais centrada apenas na clássica tutela individualista do Código Civil, pautada pelos princípios da disponibilidade, inesgotabilidade e normalidade<sup>77</sup>. É aqui que se insere o paradigma participativo da pós-modernidade.

As seções seguintes estudarão estes importantes fatores de evolução do processo civil.

---

<sup>77</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 135.

### 1.2.1. Crise de legitimidade do Judiciário

Pode-se dizer em sociologia que determinada instituição detém legitimidade quando as prerrogativas e os poderes que lhe são próprios são em si naturalmente reconhecidos e aceitos pela sociedade, num grau mais ou menos amplo de consenso. O Estado (instituição) detém legitimidade quando suas características (poderes, por exemplo) são naturalmente aceitas como justas e recebem em geral apoio das pessoas que participam daquele sistema social<sup>78</sup>. A obediência, a aceitação e o reconhecimento, no entanto, devem ser no mais das vezes espontâneos, ou seja, devem decorrer apenas esporadicamente da coerção ou do uso da força<sup>79</sup>.

Uma escola rígida detém legitimidade quando suas características (aplicação de castigos severos, por exemplo) são naturalmente aceitas como justas pelos alunos e seus pais. Embora mantenha suas tradições e tente impor sua forma de disciplina como sempre o fez, se em determinado momento seu modo de atuar deixa de ser considerado justo e adequado pelos pais, professores e alunos, pode-se afirmar que perdeu a legitimidade: não é mais respeitada como tal e se estabelece uma *crise de legitimidade*.

A *crise de legitimidade*, portanto, é a falta de aceitação, por parte das pessoas inseridas em determinado sistema social, de determinadas características fundamentais de uma instituição como justas. Pode decorrer de diversas causas. Dentre elas – a que interessa a este estudo – tem-se o que se opta por chamar de *eficácia ocasional*.

Explica-se: na estrutura patriarcal, oligárquica e individualista do tradicional direito brasileiro o problema da eficácia das decisões judiciais parecia ser de menor importância. Ao decidir, o magistrado impunha sua decisão, que no mais das vezes tinha mero conteúdo declaratório. Quer dizer: a decisão, por si só, não tinha mecanismos racionais ou legais para coagir o obrigado ao cumprimento.

Mas, ao contrário do que se poderia supor, as decisões ainda assim eram cumpridas integralmente. Eram cumpridas menos pela força de convencimento do magistrado, e mais por sua tradicional autoridade, que decorria do sentimento comum e antigo de que as ordens judiciais deveriam ser cumpridas, situação que só se fez possível porque as partes se encontravam inseridas numa estrutura social que respeitava a

---

<sup>78</sup> JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1997, p. 134.

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmem Varriale et al. 5 ed. Brasília : Editora da UnB, 2000, p. 675.

autoridade por força de um temor ou medo, muitas vezes exercido mesmo pela força dos coronéis.

A autoridade do magistrado, portanto, era *tradicional*, e não *racional-legal*, para utilizar a classificação de Max Weber. Para o sociólogo alemão, a autoridade *tradicional* baseia-se em sentimento coletivo de que a autoridade é antiga e correta e que, por isso, deve ser legítima. Já a *autoridade racional-legal* decorre de normas legais, codificadas, de modo que é respeitada em função do interesse geral na manutenção do próprio sistema social<sup>80</sup>.

Fenômenos como a industrialização e a concentração populacional nas grandes cidades, tudo apimentado pela exacerbação do individualismo próprio de um capitalismo em franca evolução, e a criação de microssistemas regulatórios próprios, que geraram exagerada especialização jurídica, levaram no entanto o Judiciário a uma perda de paradigmas. A “distância relacional”<sup>81</sup> dos juristas perante as realidades da vida cotidiana, vista até então como interesse inferior, na tradição europeia herdada por aqui, contribuiu para isso<sup>82</sup>. A estrutura do poder preparada para aquele tipo de sociedade se tornou desatualizada e, em consequência, viu sua legitimidade desmoronar. Na verdade, como percebe José Isaac Pilati, num interessante resgate do *coletivo* a partir do direito romano, “a crise de hoje, sobretudo a ecológica, é reflexo de um novo momento da propriedade em sentido amplo: as velhas formas, jurídica e política, já não correspondem à substância”<sup>83</sup>.

Se antes a população cumpria a decisão judicial, quer por temor da “autoridade”, quer por supor efeitos (prisão, castigos, apreensão de bens, multas) que na lei não existiam, aqueles fenômenos alteraram significativamente este comportamento. Se antes o Direito Civil e o Direito Penal continham as respostas para todos os processos judiciais, hoje o Judiciário se vê diante demandas provocadas por setores especializadíssimos, para os quais somente escritórios de advocacia

---

<sup>80</sup> Na classificação de Max Weber ainda se encontra a *autoridade carismática*, que se baseia na atribuição social de características ou capacidades extraordinárias a uma pessoa. JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1997, p. 24. Conferir com WEBER, Max. *Economia e sociedade*, 1922.

<sup>81</sup> OLGIALI, Vittorio. *Direito positivo e ordens sócio-jurídicas*: um ‘engate operacional’ para uma sociologia do direito europeia. In FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*: implicações e perspectivas. 1 ed. 3 tir. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 81.

<sup>82</sup> DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. *A reestruturação global e o direito*: a internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transacionais. In FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*: implicações e perspectivas. 1 ed. 3 tir. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 42 e 46.

<sup>83</sup> Idem, p. 16.

específicos detêm capacidade de compreensão completa. Se antes, num último exemplo, os ordenamentos jurídicos específicos cresciam sob a influência do direito estatal, hoje tais ordenamentos crescem à margem e mesmo *contra* o direito estatal, num “duplo estado de direito”, diferente para cada grupo social<sup>84</sup>. Daí a perda dos modelos, dos paradigmas, que eram pressupostos pelo Poder Judiciário.

Agora, com a desintegração daquele protótipo das figuras de autor e réu pelos fenômenos da modernidade, pela organização das sociedades, pela criação de campos sociais cada vez mais especializados, as decisões passaram a não ser mais cumpridas por si sós. Conhecedores que são dos *reais* efeitos das ordens judiciais, e obedientes apenas a suas próprias normas<sup>85</sup>, o cumprimento das sentenças passou a depender de uma força coercitiva maior, mais presente, mais eficaz; enfim, passou a depender de *mecanismos de efetividade específicos*.

A falta de *participação* nas decisões judiciais também pode ser apontada como fator de deslegitimação do Judiciário. Notadamente nos processos relacionados a bens coletivos, não parece mais adequada a figura do magistrado como simples decisor, do “juiz que só responde a perguntas de indivíduos”. O paradigma pós-moderno exige um “magistrado que, uma vez chamado, preside o exercício de direitos coletivos fundamentais”<sup>86</sup>, definindo como, quando e onde a decisão será tomada pelos cidadãos, ou seja, pelos donos do bem objeto do litígio.

Na verdade, a desintegração apontada não passa de consequência do que vem sendo reconhecido como uma certa “indiferença recíproca entre direito e sociedade” (Günther Teubner). Em outras palavras, em virtude da alta especialização da sociedade, cada sistema social tende a obedecer e respeitar somente a suas próprias regras, de modo que “o

---

<sup>84</sup> A regulamentação de setores econômicos como telefonia, serviços bancários, tributação, exportações, dentre outros, não obedece mais a uma lógica de direito estatal, mas sim à lógica própria do mercado internacional, a ponto de, por vezes, nem mesmo o direito estatal consegue enfrentar e alterar esta regulamentação. Warat lembra que, em decorrência disso, “de abstrata, a democracia vai se tornando figurativa, expressão cênica de uma participação simulada”, o que acaba gerando um Duplo Estado, “à medida que diferentes ‘standards’ jurídicos são aplicados a diferentes grupos sociais. OLGATI, Vittorio. *Direito positivo e ordens sócio-jurídicas*: um ‘engate operacional’ para uma sociologia do direito europeia. In FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização E econômica*: implicações e perspectivas. 1 ed. 3 tir. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 98.

<sup>85</sup> Daí o já tradicional argumento do “não se aplica”, muito invocado em relações econômicas frente ao Direito do Consumidor.

<sup>86</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011. p. 139.

direito positivo tem-se tornado progressivamente incapaz de controlar – no duplo sentido de governar e regular – qualquer esfera da sociedade<sup>87</sup>. Os fatos sociais não respeitam o direito positivo estatal: estão sempre à frente, em decorrência de fatores como o alto grau de mobilidade dos sistemas sociais.

Aí fica claro o que aqui se entende por crise de legitimidade do Judiciário: com esta quebra de paradigma, o próprio Poder Judiciário viu-se numa situação drástica. Suas decisões passaram a ser descumpridas e os juízes nada tinham em mãos para contornar o problema. Eram senhores da *declaração*, mas servos da *efetividade*: tinham nas mãos o poder de decidir, mas não os instrumentos para tornar esta decisão efetiva.

A prática judiciária cotidiana traz diversas ilustrações. As obrigações de fazer, por exemplo, até pouco tempo, não podiam ser impostas ao obrigado. Um construtor, por exemplo, que se negasse a concluir a construção de um muro tal qual contratado, acabaria pagando apenas perdas e danos. E os danos deveriam ser comprovados pelo credor, o que na prática limitava ou reduzia o valor da obrigação. Em outras palavras, se o que importava era o muro construído, o Direito Processual não havia conseguido dar a cada um o que era seu.

Se um juiz, noutro exemplo, declarasse que o Estado estava obrigado a implantar um benefício previdenciário a determinada pessoa, e se o Estado não cumprisse a ordem, pouco restava à parte a não ser uma futura e improvável cobrança de multa. Não havia mecanismos para constranger a vontade dos servidores responsáveis pelo adimplemento da obrigação<sup>88</sup>.

Isso sem falar no processo de execução. Por conta de um excessivo formalismo não consegue ainda hoje satisfatoriamente obter o crédito e entregá-lo ao credor, não sendo raras as decisões em que aparelhos de televisão de devedores contumazes são excluídos da

---

<sup>87</sup> OLGATI, Vittorio. *Direito positivo e ordens sócio-jurídicas*: um ‘engate operacional’ para uma sociologia do direito europeia. In FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*: implicações e perspectivas. 1 ed. 3 tir. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 90.

<sup>88</sup> Luiz Rodrigues Wambier cita caso em que o magistrado ordenou por oito vezes ao INSS que cumprisse uma ordem judicial, sem ter sido atendido, até que foi aplicada a multa do art. 14 do Código de Processo Civil. Como se verá no último capítulo, esta multa só será executada pela Fazenda Pública, ou seja, só será cobrada, se ultrapassar o valor de R\$ 10.000,00. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court na recente experiência brasileira*: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier\(5\)-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier(5)-formatado.pdf), acesso em 20.7.2011.

penhora por serem considerados “bens de família”<sup>89</sup>.

A ideologia liberal do culto ilimitado à autonomia da vontade pregava nestas situações que, como não se podia constringer a liberdade de um indivíduo (*Nemo præcise potest cogi ad factum*)<sup>90</sup> – já que a liberdade era bem máximo da ideologia liberal –, tudo deveria se resolver em perdas e danos. O art. 389 do Código Civil ainda hoje declara que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”. Mas, por sua vez, o art. 403 contém a regra de que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”<sup>91</sup>.

Note-se o absurdo: mesmo em caso de má-fé (dolo) do devedor não se poderia obrigá-lo a cumprir a obrigação. Tudo se resolveria em perdas e danos, que só incluem, no entanto, “os prejuízos efetivos” e os lucros cessantes “por efeito dela direto e imediato”. Tudo, evidentemente, a ser comprovado pelo já injustiçado credor, que se tornava totalmente impotente.

Enfim, o que se quer demonstrar é que o juiz, se tinha suas decisões efetivamente cumpridas até a modernidade, quando se viu submerso na pós-modernidade passou a experimentar a *crise de legitimidade* e se tornou um agente político bastante limitado em sua autoridade e poder. Em outras palavras, a estrutura do Poder Judiciário entrou em contradição com a evolução da sociedade e está ruindo; precisa, urgentemente, se adequar para resolver os problemas que amadurecem na sociedade.

Mas, uma ressalva deve ser feita.

---

<sup>89</sup> Theotônio Negrão relaciona casos em que a jurisprudência tem admitido a impenhorabilidade, podendo-se destacar, dentre eles, os seguintes: antena parabólica (RSTJ 129/261), aparelho de som (RSTJ 97/294), aparelho de televisão (RSTJ 84/273), dentre outros. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 36 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 1245, art. 2º da Lei do Bem de Família.

<sup>90</sup> “Ninguém pode ser coagido precisamente (de forma absoluta) a realizar um fato”, ou seja, ninguém pode ser coagido, nem mesmo a fazer o que é de direito, porque, pelo princípio liberal, ninguém pode ser coagido. A solução seria a sub-rogação da prestação ao pagamento em dinheiro do equivalente.

<sup>91</sup> Para Marinoni, “a tutela ressarcitória pelo equivalente tem relação com os valores do Estado Liberal clássico. Em um Estado preocupado com as liberdades formais e não com as necessidades concretas do cidadão, e que objetivava garantir tais liberdades fingindo não perceber as diferentes posições sociais, nada poderia ser mais adequado – ou conveniente – como forma de proteção jurisdicional do que o ressarcimento em dinheiro”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 228.



Dizer que o Judiciário passou a carecer de *autoridade racional-legal* aparentemente poderia levar à medíocre conclusão de que a “culpa é do sistema”, que não prevê regras adequadas para subsidiar o magistrado e sua autoridade. Como sempre, a eleição de um terceiro culpado seria o melhor lenitivo.

Na verdade, grande parcela da culpa pela crise de legitimidade do Poder Judiciário pode ser debitada ao próprio Poder Judiciário. Especialmente no Brasil, fruto daquele bacharelismo já referido, o esmero dos advogados, promotores e juízes sempre foi o de emitir pronunciamentos recheados de erudição, com preferência às citações filosóficas e doutrinárias estrangeiras e ao vocabulário absurdamente arcaico<sup>92</sup>. A preocupação com a efetividade das decisões parecia não dizer respeito aos atores do processo, que entendiam terminada sua tarefa com a simples emissão da decisão ou manifestação<sup>93</sup>.

Notadamente os de hierarquia superior, os operadores deste processo fatalmente ficavam alheios a qualquer efeito externo das decisões. Depois de emitida a sentença, o caso não retornava ao fórum e, quando retornava, novamente pela falta de efetividade, acabava gerando o pouco efetivo *processo de execução*, distribuído a outro magistrado,

---

<sup>92</sup> O Jornal O Globo de 29 de abril de 2007 publicou reportagem sobre a linguagem utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Sob o título *Taquígrafas da corte admiram vocabulário dos ministros, mas leigos saem das sessões assustados com o estilo*, consignou a repórter Carolina Brígido que “também afligem as falas de Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, pelas citações em alemão e em francês”. E cita um trecho de voto proferido por Cezar Peluso, não compreendido por parte da assistência: “Tenho (para mim) que se desvanecem as objeções. Está nela, por pressuposto, afastada a idéia de *fraus legis* ou *fraus constitutiones*, que o juízo da prova poderia, em caso contrário, abortar - disse o relator, Cezar Peluso, em certo momento”.

E, por falar em citações em alemão, constou do voto de Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 515.427/GO: “O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana (“Eine Auslieferung des Menschen in ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Werweigerung des rechtlichen Gehörs”) (MAUNZ-DÜRIG, Grudgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 1º. 18)”.

<sup>93</sup> Exemplo ainda hoje recente da crença de que basta uma declaração do Judiciário para que os problemas se resolvam está no informativo da Associação dos Magistrados Brasileiros de agosto de 2008. Nele consta a seguinte manchete: “*Acaba o nepotismo no Brasil*”. O texto comenta que com o julgamento do STF que estendeu a proibição de contratação de parentes a todos os Poderes da República a prática não mais ocorrerá no país... Qualquer um sabe, no entanto, que uma decisão como esta, meramente declaratória, sem coercitividade alguma, levará mais algumas décadas para ser efetivamente implantada na prática.

em que só então a decisão tentaria ser cumprida<sup>94</sup>.

Para ficar apenas em citações da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pode-se lembrar de pelo menos três casos em que se suspendeu liminar deferida pelo juiz, mesmo reconhecendo que o autor tinha razão em seu pedido. Num primeiro caso<sup>95</sup>, o tribunal reconheceu que a “jurisprudência e a doutrina” eram amplamente favoráveis aos pedidos do autor, inexistindo qualquer divergência séria. Na ação se pedia a condenação de bancos a instalarem sistemas de segurança em agências bancárias vulneráveis. No entanto, entendeu a magistrada que, mesmo tendo razão e não havendo possível argumento em contrário, a ordem para adequação deveria aguardar o fim do processo (o que pode levar anos, considerando os recursos), para só então satisfazer-se o direito da parte, tudo em respeito ao princípio do contraditório.

Noutro caso, após magistrada instruir ação civil pública movida pelo Ministério Público, ouvir ambas as partes e sentenciar considerando ilegal a prática de nepotismo no serviço público, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que o servidor não poderia ser afastado das funções antes de ultrapassados todos os recursos existentes<sup>96</sup>. No atual estágio de evolução das demandas nos tribunais, esperar o trânsito em julgado equivale a aguardar a aposentadoria do parente nomeado... Fatalmente o mandato acabará antes da efetividade e a decisão será “um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni, “a sentença eu reconhece a existência de um direito, *mas não é suficiente para satisfazê-lo*, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

<sup>95</sup> Agravo de Instrumento nº 2006.045512-4, rel. Desª. Marli Mosimann. Na decisão que deferiu a liminar, reconhece que “a jurisprudência firmou orientação de que os municípios podem legislar a respeito de segurança nas agências de instituições bancárias”, citando decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. No entanto, defere a liminar “até que se pronuncie em definitivo a Câmara Especializada competente para o exame do mérito do presente recurso”, DJE nº 152, p. 102.

<sup>96</sup> Agravo de Instrumento n. 2008.015334-3, rel. Des. Robson Varella. Segundo o relator, a sentença que reconheceu a ocorrência de nepotismo só pode se tornar eficaz após esgotados os recursos, apesar de mencionar que a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça já vem proibindo o nepotismo em todas as esferas de Poder.

<sup>97</sup> “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias”. JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*: nas diversas fases do seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro : Alba Editora, 1943, v. I, p. 44.

Num terceiro caso, ainda, decidiu o tribunal de justiça que a multa cominada pelo descumprimento de uma decisão interlocutória urgente em processo coletivo deveria aguardar o trânsito em julgado da sentença para ser executada. O descumpridor, na expectativa de pagar apenas a multa, ou vê-la drasticamente reduzida, simplesmente não cumpre a ordem judicial, que lhe determina a suspensão de cobranças indevidas a diversos consumidores<sup>98</sup>.

Perceba-se a falta de eficácia das posturas adotadas: no primeiro exemplo, o tribunal concorda que o pedido está perfeito e nenhum argumento sério pode vir em seu desfavor. No entanto, insiste ser necessário aguardar a manifestação de todas as instâncias para só então dar o direito ao postulante. Por que esperar se a razão está com o autor? No segundo exemplo, o próprio tribunal ignora sentença emitida depois de ampla discussão da causa e transforma um recurso em causa de suspensão dos efeitos da decisão, até que todos os recursos sejam julgados. Por que esperar pelos recursos? No terceiro caso, deixa de aplicar a inovação do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, que permitiria a execução provisória das multas para ações individuais, para aplicar regra menos efetiva para o processo coletivo.

Falha do sistema processual? Falha das leis vigentes? Não, em absoluto. Falha do Poder Judiciário, que esquece da *tutela de evidência* (art. 273, §6º, e art. 461, §5º, do CPC), que esquece que, em regra, os recursos não têm efeito suspensivo nas ações civis públicas (art. 14 da Lei nº 7.347/85), nem tampouco os recursos extraordinários (art. 27, §2º, da Lei nº 8.038/90). Falha ao deixar de perceber que a vida é efetiva por trás das decisões e por isso exige respostas igualmente efetivas.

O povo das ruas, o destinatário das decisões, muito claramente percebe atualmente que a falta de efetividade das decisões lhe pode ser favorável e, como é óbvio, disso se aproveita. Não raras vezes se depara o juiz e o promotor com a constrangedora pergunta da parte: “e seu eu não cumprir, o que me acontece?”. A resposta mais sincera, infelizmente, seria: “nada...”

A evolução da sociedade, no entanto, se não exige respostas

---

<sup>98</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO DO CONSUMIDOR – CONSTRIÇÃO *ON LINE* – SISTEMA BACEN JUD – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE MULTA COMINATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – EXCEÇÃO À REGRA DO ART. 273, § 3, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INTELIGÊNCIA DO ART. 12, § 2º, DA LEI N. 7.347/85 – DECISÃO PARCIALMENTE CASSADA – RECURSO PROVIDO. Em se tratando de ação civil pública, o art. 12, § 2º, da Lei n. 7.347/85 afasta a possibilidade de execução provisória da multa cominatória, porquanto impõe como condição a sua exigibilidade o trânsito em julgado da decisão favorável à parte autora (Agravado de Instrumento n. 2009.039407-6, de Seara, Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento).

imediatas (o que de fato seria impossível e nem é isso que se pretende aqui), exige pelo menos mais coerência e um mínimo de efetividade. Daí a tão falada crise de legitimidade: no momento em que se torna generalizada a percepção de que uma *decisão judicial* não é cogente como socialmente se espera seja uma *legítima* decisão judicial; quando passa a ser comum o descumprimento de ordens judiciais; quando sentenças não decidem nada antes de pelo menos três outros recursos; quando a palavra do juiz, depois de ampla discussão entre as partes, não tem mais autoridade alguma; quando tudo isso ocorre a verdade é que o próprio Judiciário deixa de ser reconhecido como *Poder*.

E, se a crise é causada pela mudança social que faz amadurecerem problemas que antes não existiam ou que antes eram resolvidos de outra forma, é preciso agora estudar quais as principais mudanças sociais que geram essa crise. É o que se fará a seguir.

### **1.2.1.1. Compreendendo os porquês da crise de legitimidade: o bacharelismo e o “liberalismo conservador” na cultura jurídica brasileira**

Como visto, embora num primeiro momento não se pudesse falar em *direito brasileiro*, já que no Brasil colonial tudo provinha da metrópole portuguesa e era imediatamente imposto por aqui, podem-se observar ao longo do estudo da história nacional os primeiros fatores que levaram à evolução do direito e, via de consequência, do direito processual civil aqui vigente.

Recorde-se inicialmente que a estrutura política brasileira nasceu desvinculada dos objetivos e necessidades da sociedade local. A metrópole portuguesa estava consciente de que a administração da colônia dependia de um mecanismo que impusesse as regras mercantilistas de exploração, e que se fazia necessário afastar qualquer tentativa de dar à política um caráter democrático<sup>99</sup>.

Com o passar dos anos e a necessidade de formação de intelectuais para ocuparem os cargos burocráticos da colônia, criaram-se as faculdades de direito de Olinda (posteriormente transferida para Recife) e de São Paulo. O direito criado nestas faculdades, no entanto, continuou a obedecer à lógica imposta por Portugal, já que para servir aos interesses da administração colonial<sup>100</sup> o direito brasileiro mantinha-

---

<sup>99</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 49.

<sup>100</sup> WOLKMER, idem, p. 116.

se conservador e centrado na reprodução de obras jurídicas estrangeiras, pouco ou nada adequadas à realidade social brasileira<sup>101</sup>. Demonstra bem a necessidade de um “direito colonial” o fato de a primeira grande codificação ter sido o Código Comercial, destinado, portanto, a conferir segurança nas relações mercantis entre colônia e metrópole<sup>102</sup>.

A proliferação de jovens formados em direito criou então o que se convencionou chamar de *bacharelismo brasileiro*. Em síntese, uma elite que preenchia os espaços vagos da administração colonial e posteriormente da administração republicana, e que apesar de propagar idéias *liberais* praticava um conservadorismo clássico, como exemplificam as relações sociais agrárias da época<sup>103</sup>. São características próprias do bacharelismo brasileiro o palavreado pomposo, o proselitismo acrítico, a erudição linguística e a cultura ornamental. Rui Barbosa, com seus discursos quase incompreensíveis, pode ser considerado o ícone deste bacharelismo<sup>104</sup>.

De todo este longo período que vai da época colonial à República Velha, percebe-se claramente que a evolução de nosso direito, e consequentemente do direito processual civil nacional, foi inspirada justamente no paradoxo brasileiro de um “liberalismo conservador”. Diz-se tratar-se de paradoxo porque, ao contrário do que ocorreu nas fontes francesas e norte-americanas, em que o *liberalismo* foi uma resposta da classe *trabalhadora* (burguesia) aos exageros da monarquia absolutista, no Brasil o liberalismo foi importado justamente pela *monarquia* e assimilado com facilidade pelas *elites* agrárias, valendo a lembrança de que Dom Pedro II, um *imperador*, foi considerado o grande *liberal* da época<sup>105</sup>. Outro exemplo evidente desta circunstância é a convivência entre a escravidão e doutrinas liberais.

Assim, dito de outro modo, o liberalismo brasileiro, que

---

<sup>101</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870 – 1930*. São Paulo : Companhia das Letras, 1993, p. 146, citado por WOLKMER, idem, p. 102.

<sup>102</sup> Ver crítica ao processo civil da época em PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 122, 130 e 131.

<sup>103</sup> WOLKMER, *Op. cit.*, p. 126.

<sup>104</sup> WOLKMER, idem, p. 130. Para Eduardo Capellari, “a crise do Poder Judiciário no Brasil pode ser delimitada pela não articulação das instituições modernas, a não efetividade dos direitos fundamentais, um desprezo por tais demandas expresso por uma hermenêutica jurídica conservadora, revestida de uma ornamentação liberal, causando uma tensão essencial entre tal realidade, por um lado, e as expectativas sociais, de outro”. CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade – a necessidade de uma definição conceitual. *Revista Sequência*. Florianópolis, CPGD/Ufsc, v. 20, nº 39, 1999, p. 29.

<sup>105</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *Pelas barbas do imperador*. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

representou o primeiro marco evolutivo na história do direito brasileiro, foi marcado justamente por um viés conservador. Por um lado, não consultou as fontes sociológicas nacionais, e, por outro, adotou facilmente as idéias das elites, deixando assim de formar no país uma filosofia política e jurídica realmente legítima.

Ainda no que diz respeito a este primeiro grande período evolutivo, deve-se recordar a crise da República Velha. Gerada por fatores como a insatisfação de núcleos oligárquicos dissidentes da oligarquia cafeeira, e fundada no aparecimento de reivindicações relacionadas ao crescimento de massas urbanas e ao desenvolvimento da atividade fabril, a crise decorreu justamente de uma exigência de industrialização e modernização das instituições políticas nacionais<sup>106</sup>.

Surgiram nesta época o Código Civil de 1916, centrado em princípios positivistas e declaradamente inspirado no Código Civil de Napoleão, e, um pouco posteriormente, o Código de Processo Civil de 1937, que tinha por intenção declarada a busca pela celeridade, pela eficiência e pela concentração de atos<sup>107</sup>.

O estudo desta crise fornece o substrato necessário para avaliar a atual crise de legitimidade do Judiciário brasileiro, talvez fundada igualmente em uma exigência da pós-modernidade, ou seja, na exigência de adequação do direito brasileiro à sociedade de informação.

### **1.2.1.2. Compreendendo os porquês da crise de legitimidade: o permanente estado de exceção**

Outro fator que não pode ser esquecido, mas que está dentre as causas da crise de legitimidade, é o que vem sendo conhecido como o “estado de exceção contínuo”, na dicção do filósofo Giorgio Agamben.

Segundo o conceito de Giorgio Agamben, os poderes conferidos ao executivo no tradicional “estado de exceção” previsto na maioria das constituições, desde a modernidade, vêm sendo exercidos também em tempos de normalidade, de forma contínua. O poder de suspender a ordem jurídica (*iustitium*), de criar leis e de executá-las, ainda que sob um fundamento ou outro, vem sendo continuamente reconhecido na prática aos chefes de Estado, quebrando um dos pilares da democracia moderna: a tripartição de poderes.

O estado de exceção é hoje uma “técnica de governo” e um paradigma de ordem jurídica, em que a república não é mais

---

<sup>106</sup> WOLKMER, idem, p. 140.

<sup>107</sup> PACHECO, José da Silva. *Op. cit.*, p. 212.

*parlamentar*, e sim meramente *governamental*. O estado de exceção já não é (e talvez nunca tenha sido) uma situação excepcional, mas sim uma técnica própria de governo. Nesta técnica, não são os representantes do povo (deputados, senadores) que decidem o futuro da nação, mas sim o governante, que embora também eleito, não detém a mesma legitimidade. O parlamento, neste estado de exceção moderno, não mais cria as leis, mas apenas ratifica as decisões do governo<sup>108</sup>. Exemplo corriqueiro disso no Brasil são as medidas provisórias editadas indiscriminadamente pelo presidente da República.

Daí porque, segundo o autor, no estado de exceção contínuo da modernidade isola-se “força de lei” da própria lei. Há atos que, embora do ponto de vista formal não sejam “lei”, têm na prática força de lei. Há outros atos, contudo, que são lei e, por não serem aplicados pelo Executivo, acabam sem “força de lei”<sup>109</sup>.

Uma das consequências desta prática é a redução do ser político (*bios*) a um ser desprovido de qualquer capacidade política, o que é denominado por Agamben de *homo sacer*. Com a expressão, o filósofo resgata a figura romana clássica que designa o ser que pode ser morto sem nem ao menos requerer o tradicional ritual de sacrifício<sup>110</sup>.

Para tornar um pouco mais claro: como a política acaba se reduzindo à pessoa do governante, o parlamento, sem espaço para discussões, planos políticos ou programações de longo prazo, aniquila-se<sup>111</sup> e com ele se aniquila em grande parte o “homem político” (*zoon politikon*) para torná-lo mero *homo sacer*, ou seja, um ser plenamente dispensável, que inclusive pode ser “morto” (politicamente falando) sem nem mesmo rituais de sacrifício. Não é por outro motivo que recentemente entraram nas pautas jornalísticas debates sobre a extinção do Senado no Brasil<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poletti. São Paulo : Boitempo, 2004, p. 18-32.

<sup>109</sup> Idem, p. 61.

<sup>110</sup> LUIZ, José Victor Regadas. *Estado de exceção como regra: o impasse contemporâneo à resistência política no pensamento de Giorgio Agamben*. In: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/jose\\_luiz\\_33.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/jose_luiz_33.pdf), acesso em 2.5.2010.

<sup>111</sup> “O parlamento não é mais um órgão soberano a quem compete o poder executivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poletti. São Paulo : Boitempo, 2004, p. 32.

<sup>112</sup> Na página <http://acertodecontas.blog.br/politica/voce-e-a-favor-da-extincao-do-senado/> há notável discussão sobre a extinção do Senado, inflamada depois de mais uma leva de notícias de corrupção. É interessante observar, para fins deste estudo, que um dos argumentos é o de que o sistema bicameral torna muito lento o processo legislativo e permite que Executivo e Judiciário legislem: “É por causa dessa morosidade que o Poder Executivo usa e abusa das

O Executivo, assim imbuído permanentemente deste poder excepcional, acaba tornando dispensável não só o Legislativo, mas também o Judiciário. As decisões judiciais passam a ser impunemente descumpridas pelo Executivo, que chega ao ponto de alterar a legislação, por medidas excepcionais, para driblar os provimentos jurisdicionais. Relembre-se aqui o expediente utilizado diversas vezes pelo presidente da República, de reeditar medidas provisórias inconstitucionais com pequenas alterações, para fugir da declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. A crise de legitimidade do Judiciário, portanto, provém em parte da mesma causa.

Com poderes absolutos, próprios de um estado de exceção, o Executivo se torna invulnerável, quer pelo Legislativo, que acaba editando leis sem “força-de-lei”, quer pelo Judiciário, que edita sentenças também sem “força-de-sentença”. Ao contrário, os provimentos do Executivo, estes sim não só têm força-de-lei como, quando preciso e interessante, sentenciam como bem entenderem.

Assim é hoje, por exemplo, o poder normativo das agências reguladoras e o poder decisório no pagamento de dívidas judiciais. No segundo caso, o Executivo praticamente decide por si só quando e *se* vai pagar as condenações que lhe foram impostas pelo Judiciário, sem que contra isso possa ser tomada qualquer providência prática. Nem mesmo os instrumentos previstos constitucionalmente são aplicados: não se vê na prática a intervenção de Estados em Municípios ou da União nos Estados para, nos termos do art. 35, IV, da Constituição, “prover a execução de ordem judicial”. Não é por outro motivo que já se tornou bordão jurídico a frase: “o Estado (Executivo) é o maior litigante brasileiro”.

Neste contínuo estado de exceção, portanto, não só o Legislativo, mas também o Judiciário se vêem privados de legitimidade e a consequência evidente deste fato é que as decisões, tanto de um quanto de outro, acabam em grande parte ineficazes, já que o Executivo é o grande irmão, único responsável por tudo e por todos.

### **1.2.2. O papel da sociedade de informação e da massificação social na crise**

O segundo elemento a desfigurar o processo civil tradicional pode ser subdividido: a sociedade de informação e a massificação social



parecem representar forte causa da corrosão das estruturas do processo como ensinado nas faculdades, razão pela qual merecem este item específico.

No estudo sociológico de fenômenos como a sociedade de informação podem-se encontrar diversas correntes. Algumas mais descritivas, outras mais críticas<sup>113</sup>; não raro, utopicamente buscam alterar a sociedade por meio do discurso.

Não cabe no âmbito deste estudo tecer considerações críticas sobre o sistema social a que o mundo está submetido. Embora se possa criticar a análise feita pelos diversos autores, o fato é que para o jurista importa apenas *identificar* as características da sociedade que é o fundamento de seu trabalho e, partindo daí, decifrar como atualizar e *melhorar* o sistema jurídico, a única realidade que pode o jurista alterar<sup>114</sup>.

Na evolução das sociedades humanas, vem sendo atualmente admitida a divisão em três grandes períodos, correspondentes às três grandes “revoluções”: a sociedade agrária, a sociedade industrial e a sociedade de informação.

A *sociedade agrária* surgiu com a invenção do arado (ano 3.000 a.C.) e com a prática de cultivo de grandes propriedades, ao contrário do

---

<sup>113</sup> Dentre os críticos brasileiros, pode-se citar SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Record, 2001. Maistre, Le Bon, Burckardt, Nietzsche e Ortega y Gasset, segundo aponta Norberto Bobbio, são representantes da crítica à sociedade de massas, ao passo que Marx vê aspectos positivos na sociedade de massas. Tocqueville e Stuart Mill estariam numa posição intermediária, já que centram suas preocupações em garantir a liberdade individual, aceitando, contudo, a sociedade de massas. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem Varriale et al. 5 ed. Brasília : Editora da UnB, 2000, p. 1211.

<sup>114</sup> Para Benjamin Cardozo, o estudo do direito deve partir da seguinte indagação: “O direito, da forma por que se desenvolveu, em relação a este ou àquele ponto, está na verdade, cumprindo sua função – está funcionando bem ou mal?”. E a seguir, após refletir sobre a função do cientista jurídico, diz: “O cientista, em outros campos, pergunta-se desapaixonadamente de que modo opera um preceito. Se verifica que o mesmo funciona mal, coloca-o de lado, como errado. O estudioso da sociedade tem estado disposto a tomar as instituições como as encontra, e, na realidade, se ele as estuda como juiz, aprenderá que, na maioria dos casos, não poderá tomá-las de outra forma”. CARDOZO, Benjamin Nathan. *Evolução do Direito*. Tradução de Henrique Carvalho. Belo Horizonte : Ed. Líder, 2004, p. 75.

Não discordo, neste ponto, de Tércio Sampaio Ferraz Jr., para quem o direito exerce função não apenas dogmática, mas também zetética, ou seja, de que a ciência jurídica não tem apenas função informativa (descrever o fenômeno jurídico), mas também tem função *diretiva* (dirige a forma como se compreende determinado instituto jurídico). Isso tudo é verdade quando se está tratando apenas de ciência jurídica. Minha afirmação está um passo atrás e se refere ao exame sociológico que o jurista faz. Mesmo sendo a ciência jurídica *diretiva*, como ensina Ferraz Jr., o jurista não tem poderes *diretivos* sobre a sociedade, mas apenas sobre o direito em si. Daí a distinção. Vide FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2003, p. 39-40.

que vinha até então sendo feito no regime de caça e coleta e na sociedade hortelã<sup>115</sup>. Iniciou-se neste período a prática de concentração de riquezas e, dos resultados, os mais sentidos foram a escravidão e a desigualdade social.

Com a invenção da máquina a vapor e a divisão do trabalho, alcançou o mundo a *sociedade industrial*, focada principalmente na obtenção de produtos acabados e na sua troca por um equivalente universal, o dinheiro. A urbanização, a maior alfabetização, o desenvolvimento da ciência e do Estado tornam-se características evidentes deste período<sup>116</sup>.

Por fim, no que por vezes se denomina pós-industrialização ou sociedade de informação, a produção deixa de ter como foco prioritário a obtenção de bens materiais para ter como objetivo a produção, a coleta, o processamento e a transmissão de dados, informação<sup>117</sup> e conhecimento<sup>118</sup>. A informação e sua mercantilização passa a ter maior relevância na economia do que a produção e a distribuição de bens e serviços<sup>119</sup>. Nasce com as redes de televisão e com a invenção do computador e se dinamiza e dissemina com a Internet, com a telefonia móvel e com a globalização. Mais recentemente ainda o crescimento da riqueza pelas empresas “ponto-com” e a facilidade de se especular nas bolsas de valores fazem ricos do dia para a noite, sem uma produção econômica compatível. O capital é volátil e, com ele, a ética também se volatiliza.

Nesta *sociedade de informação* – o que interessa a este estudo – fatores como velocidade, eficiência e, sobretudo, informação, tendem a estar cada vez mais presentes na vida cotidiana e, por este mesmo motivo, passam a ser exigidos pela população de todas as esferas sociais. Se há 20 anos, para consultar o saldo da conta bancária, o consumidor deveria desbravar a longa fila no banco para, após, aguardar o funcionário pesquisar no formulário contínuo a informação,

---

<sup>115</sup> Compreende-se por sociedade hortelã aquela em que, não sendo mais apenas de caça e coleta nem totalmente agrária limita-se à cultura de subsistência, em *hortas* domésticas (horta – hortelã).

<sup>116</sup> JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*: guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1997, p. 215.

<sup>117</sup> JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia*: guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1997, p. 214.

<sup>118</sup> Distinguem-se os termos *informação* e *conhecimento*. Informação significa acesso a dados e consciência de fatos. Conhecimento, por sua vez, significa amadurecimento e análise da informação. Vide SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. Direito informacional: direito da sociedade de informação. *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol. 859, maio de 2006, p. 743-759.

<sup>119</sup> LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. *Revista dos Tribunais*, ano 95, vol. 847, p. 85, maio de 2006.

atualmente não se admite tamanha demora: basta inserir o cartão no terminal de auto-atendimento para obter a informação imediatamente; ou, do próprio escritório, fazer a consulta pelo computador. Da mesma forma, se para adquirir um livro o consumidor precisava se dirigir à livraria e contar com o auxílio de experientes livreiros para identificar a obra mais adequada, atualmente os sistemas informatizados permitem que alguém no Brasil adquira um livro nas grandes redes de comércio eletrônico do mundo pela Internet, e receba o exemplar importado em casa em pouco menos de dez dias, com toda a comodidade.

Embora já tenha dado passos largos para se adaptar à sociedade de informação, com sistemas informatizados de controle processual<sup>120</sup>, de comunicação de atos processuais<sup>121</sup> e modernos mecanismos de interação com instituições financeiras<sup>122</sup>, de modo que não se pode, portanto, negar os avanços, é preciso ainda uma mudança estrutural para que o Judiciário, assim como qualquer dos outros Poderes, se insira na *sociedade de informação*<sup>123</sup> e na pós-modernidade.

A principal mudança estrutural é a da *efetividade das decisões judiciais*. Na sociedade de informação, qualquer lapso na efetividade do Poder Judiciário é rapidamente percebido por todos os que estão sujeitos à jurisdição. Antigamente, como se viu, o temor era mais forte por conta da ignorância sobre a real inefetividade das decisões judiciais. Hoje, com a informação voando na velocidade da luz pelos computadores, televisores e telefones celulares da maior parte da população, o Poder

---

<sup>120</sup> O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem exportado seu pioneiro Sistema de Automação Judicial – SAJ para outros Estados. Por este sistema permite-se às partes acompanhar as movimentações processuais e as decisões judiciais pela Internet, com atualização diária. O mesmo TJSC conta, a exemplo de outros tribunais, com o sistema “Push”, em que o interessado pode cadastrar um e-mail para receber informações diretas de cada movimentação processual. Não estão disponíveis, ainda, no entanto, as petições iniciais, as contestações, os recursos e as atas das audiências, o que ainda exige deslocamentos desnecessários ao Fórum. O Superior Tribunal de Justiça e diversos outros tribunais já contam com sistemas semelhantes.

<sup>121</sup> Ver, por exemplo, arts. 154 e 655-A do Código de Processo Civil.

<sup>122</sup> O Sistema Bacen Jud, criado pelo Banco Central do Brasil, permite que os juízes bloqueiem, penhorem e até mesmo movimentem ativos financeiros diretamente de seus computadores pessoais, agilizando e dando grande eficiência às cobranças de dívidas. Vide artigo: SANTOS, Eduardo Sens dos. Bloqueio on-line de ativos financeiros: aspectos práticos. *Revista Atuação – Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, v. 4, nº 9, mar./ago. 2006, p. 133-142. Tese aprovada por unanimidade no XVII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador, no período de 26 a 29 de setembro de 2007.

<sup>123</sup> “O direito informacional desenvolve-se no ambiente da sociedade da informação, que exige produção jurídica compatível com os anseios dessa nova sociedade, calcada na revolução tecnológica. Pauta-se por uma perspectiva holística e interdisciplinar, não devendo de forma alguma ser reduzida a um direito informático ou aplicação de tecnologias computacionais a este ou aquele ramo do direito”. SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. *Direito informacional: direito na sociedade da informação*. Revista dos Tribunais, ano 96, volume 859, p. 754, maio de 2007.

Judiciário, que contava com aquele temor, vê-se imerso na *crise de legitimidade* já mencionada.

Como é óbvio, não se pretende aqui defender a obscuridade dos procedimentos judiciais como forma de contornar essa crise de legitimidade. Esta seria uma estratégia conservadora e pouquíssimo adequada para solucionar o problema, ainda que dela não faltem defensores. O que se pretende é, ao contrário, que o Judiciário se dê conta da raiz da inefetividade – a verdadeira raiz do problema – e, compreendendo que o mundo vive na sociedade de informação, em que não pode esconder suas deficiências, encare o desafio de tornar suas decisões mais efetivas.

Outra mudança é a adoção do paradigma da participação. A constatação de que os bens não são mais apenas públicos e privados, mas públicos, privados e coletivos<sup>124</sup>, exige a mudança de paradigma. Das tutelas previstas nos códigos individualistas, é preciso evoluir para a tutela da pós-modernidade<sup>125</sup>, em que os bens coletivos recebam realmente tutela coletiva e não a tutela dos bens individuais ou dos bens públicos meramente adaptada aos coletivos.

Uma adaptação necessária do Processo Civil à sociedade de informação diz respeito à *celeridade*. De fato, parece estar em franco descompasso com o mundo contemporâneo o processo civil atual, dotado de recursos extravagantes<sup>126</sup>, de fórmulas absurdas e de interpretações por vezes tacanhas do próprio direito<sup>127</sup>, que levam causas a tramitar por dez ou vinte anos, a depender da habilidade do advogado

---

<sup>124</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011.

<sup>125</sup> Interessante registro, demonstrando o paradigma da participação na pós-modernidade: “Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam consequências especiais. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. [...] Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (*Konflikt und Kompromissrecht*)”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 47-48,51.

<sup>126</sup> Como por exemplo a suspensão de segurança e os embargos infringentes.

<sup>127</sup> Recordem-se aqui os embargos infringentes e a amplíssima interpretação dada pelos tribunais superiores às hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial. Em processo penal os absurdos são mais evidentes ainda (antigo protesto por novo júri; rito formulário do júri, que inclusive ainda conta com juramento; e a interpretação dada pelos juízes e promotores à fase de homologação da transação penal).

contratado para retardar o processo. Durante este tempo todo, empresas transferem suas sedes para outros países, o homem vai e volta à Lua, grandes fortunas são ganhas e consumidas, e a ciência dá passos larguíssimos, como no Projeto Genoma; isso quando a própria parte não morre no curso da causa e o direito, se é que virá, só será recebido pelos herdeiros.

É evidente, portanto, que o processo civil, e, por consequência, o próprio Poder Judiciário, caia em intensa crise se não voltar seus olhos a estes problemas e se não se puser em marcha para contorná-los de forma racional e inteligente.

Como obter celeridade e eficiência? Como vencer a crise de legitimidade imposta pela chegada da sociedade de informação e da sociedade de massas?

Nenhuma fórmula mágica obterá sucesso e nem se é ingênuo o suficiente para apresentá-la. Também não se utilizarão aqui dos tradicionais subterfúgios que se percebem em quem quer que avance até este ponto do raciocínio, como a conclusão de que o problema é de terceiros, como “a legislação”, “o sistema político”, “a mentalidade das pessoas”, como se fosse possível personificá-los e convencê-los a “melhorar”, sem que saiba no que melhorar; ou a ponderação, não menos tradicional, mas tão ruim quanto, que conclui por não concluir absolutamente nada, apelando para a necessidade de “discutir melhor o assunto”.

Adota-se o pensamento sincero de que uma mudança significativa na celeridade e na eficiência possa decorrer simplesmente do trabalho dos próprios atores envolvidos no processo judicial, mas principalmente dos magistrados de segundo grau e de tribunais superiores.

Advogados conscientes de sua função constitucional, que, ainda que vencidos, respeitem a decisão judicial e orientem seus clientes a melhor cumpri-la – ao contrário de profissionais que se rebaixam a ponto de auxiliarem na ocultação de bens – são naturalmente operários da efetividade e da celeridade processual.

Promotores de justiça que atentem à sua natural vocação de “promover” o direito e de defender a ordem jurídica e o regime democrático, quer na função de parte quer na função de fiscal da lei, evitando incidentes desnecessários<sup>128</sup> e, sempre que possível, valendo-se

---

<sup>128</sup> Não é raro ver o Ministério Público postulando a realização de provas inúteis, como a “baixa” de inquéritos policiais à Delegacia de Polícia para a famigerada acareação, ou ainda impondo exigências burocráticas no processo, como a autenticação de documentos sobre os quais não pesa a menor dúvida de autenticidade.

dos meios que têm à disposição<sup>129</sup> para acelerar a marcha do processo e incrementar o ganho de efetividade são igualmente braços fortes na busca deste fim<sup>130</sup>.

Mas, certamente, é no trabalho do magistrado que reside o maior potencial para obter mudanças significativas no processo, com o objetivo de alcançar aquela celeridade e eficiência. E, não só no trabalho do magistrado singular, mas com grande relevo também no trabalho dos tribunais, inclusive superiores.

Ao trabalho do magistrado singular nem é preciso referência especial aqui, tamanha a evidência de que a própria presidência do processo já lhe confere esta característica. Aliás, parece claro que pela proximidade que mantém com as partes é raro descurem os magistrados da efetividade de suas decisões, afinal, estão inseridos na sociedade que receberá a decisão. Uma palavra, no entanto, é preciso ser dita em relação aos tribunais.

No ato de revisar atos judiciais, cabe aos tribunais a função importante de identificar as soluções mais justas para o caso. E, para tanto, além da lei, da doutrina e da própria jurisprudência, frequentemente se pautam por fatores externos à legislação pura, ao contrário do que poderia supor algum teórico mais reacionário<sup>131</sup>.

Neste trabalho, os tribunais fixam a jurisprudência que servirá de parâmetro para outras decisões, para o comportamento da população e para as práticas administrativas. Devem fixar também a jurisprudência que servirá de parâmetro para os próprios juízes, notadamente na

---

<sup>129</sup> Todo Promotor de Justiça de Santa Catarina tem acesso a diversos bancos de dados informatizados, como o Infoseg, do Ministério da Justiça, que fornece endereços, fotografias, relação de veículos e antecedentes penais, ou o sistema de informações do Detran, que fornece a cadeia dominial de todos os veículos catarinenses, ou, ainda o acesso às bases de endereços da Companhia de Águas e Saneamento ou da Companhia de Eletricidade (Casan e Celesc). Ou, ainda, uma simples promoção ministerial requerendo seja determinado às companhias de telefonia móvel o fornecimento de endereços (dados não cobertos por sigilo telefônico). Tem demonstrado a prática que o ganho em efetividade que se obtém, por exemplo, numa ação de alimentos em que o autor não tem meios de localizar o endereço do réu é impressionante.

<sup>130</sup> Consultar sobre o Ministério Público e a efetividade do processo civil ZENKER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. 208p.

<sup>131</sup> Considerações de caráter econômico, sociológico, religioso, político e mesmo preconceitos dos mais diversos tomam assento à mesa de julgamento. Nada disso é errado. Pelo contrário, é até mesmo saudável que se perceba tais motivações ideológicas na atividade judicial, como forma de melhor conhecer o processo decisório e as razões dos juízes. “O que está fora de cogitação é repetir a lei sem reflexão sobre o justo no caso concreto e sem apreciação adequada às necessidades sociais, econômicas e políticas da época”, alerta Rui Portanova. PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

condução do processo. E, numa visão mais aproximada do objeto deste estudo, pode-se dizer que também pela jurisprudência fixam-se regras sobre a *efetividade* da prestação jurisdicional.

De fato, se uma decisão vanguardista é apoiada e confirmada pelo tribunal, abre-se espaço para repetição da decisão e para a evolução do direito. Embora não tenha havido alteração legislativa – e frequentemente não é necessária<sup>132</sup> – a norma jurídica passa a ser alterada substancialmente e acaba definindo-se como a regra geral.

Aí se percebe claramente o papel dos tribunais ao adaptarem a jurisprudência e as proposições legislativas. Tomam consciência de seu papel verdadeiro: o *criação do direito*, que, no que tange a este estudo, não envolve apenas a declaração, mas também a efetividade da decisão, pela alteração da interpretação das normas processuais.

E esta tomada de consciência, numa sociedade de informação, gera incrível maleabilidade, mobilidade e eficiência na prestação jurisdicional, principalmente quando voltada a regras processuais. Veja-se, por exemplo, que nada impediria aos magistrados, antes ainda das alterações no art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela, inclusive de ofício. Se fosse feito, e se os tribunais reconhecessem adequação da medida, não teriam sido necessários longos anos de tramitação legislativa para instituir no Código de Processo Civil algo que é mais do que óbvio: em caso de evidência do direito do autor, o juiz pode decidir e executar sua decisão de pronto.

As chicanas processuais, não raras vezes vistas na vida forense, seriam, por outro lado, muito mais facilmente evitadas se estivesse dotado o magistrado, pelo suporte dado pelos tribunais, de ampla liberdade para melhor adaptar as regras processuais às necessidades de cada processo específico. Absurdos como a apropriação indébita de processos judiciais, orientação de testemunhas e descumprimento de ordens seriam muito mais eficientemente evitados se a liberdade do magistrado não dependesse de leis antigas, distantes da sociedade de informação, interpretadas sob a ótica do individualismo da modernidade, ou, pior, criadas para a proteção de classes específicas de profissionais<sup>133</sup>. No caso da orientação das testemunhas, a prisão de

<sup>132</sup> Dezenas de exemplos podem ser dados: a liminar em *habeas corpus*, por exemplo, não é prevista em lei, mas largamente aceita pelos tribunais; a união estável foi reconhecida pela jurisprudência mesmo antes de qualquer previsão legal, quando se garantia à “concubina” direito a indenização “por serviços prestados no lar”; a exceção de pré-executividade é largamente aceita nos tribunais com fundamento em um parecer de Pontes de Miranda; o dano moral já era indenizado mesmo antes de previsão específica no Código Civil.

<sup>133</sup> O parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil ressalvou expressamente os advogados do dever de cumprimento dos provimentos judiciais, determinando que ficam

quem orientou ou mesmo uma forma mais arrojada de condução das inquirições, que não o sistema presidencialista adotado pelo Código de Processo Civil, fariam grande diferença. A participação popular nas decisões e a prisão civil pelo descumprimento de ordens judiciais, assunto que será mais aprofundado adiante, também.

Benjamin Cardozo, filósofo e magistrado norte-americano, é partidário da tese: é inadequado contar apenas com legisladores para a evolução do direito, função que deve ficar a cargo dos tribunais: “Se a legislação tomar o lugar da ação criadora dos tribunais, um comitê legislativo deverá ficar atrás de nós durante todas as sessões, constituindo, ele próprio, uma espécie de supertribunal. Não temos garantia alguma de que uma escolha feita destarte será melhor do que a nossa própria escolha; todavia, sua forma dar-lhe-á uma tal rigidez que tornará impossível qualquer retirada ou concessão. [...] Ainda mesmo que pudéssemos acreditar que os amadores seriam mais sábios do que os profissionais, seu remédio seria prescrito demasiado tarde para prestar auxílio ao paciente cuja doença eles observaram”<sup>134</sup>.

Outro jusfilósofo norte-americano mais recentemente vem defendendo idêntico posicionamento. Para Ronald Dworkin, “[...] os legisladores estão sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes [...] os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”<sup>135</sup>. Devem, em outras palavras, ficar com a política, deixando o direito para os juristas.

Pensamento semelhante pode ser lido em Mauro Cappelletti: “Não vejo por que razão se deveria excluir, *a priori*, que os próprios tribunais sejam, ou tenham a potencialidade de ser, os melhores legisladores possíveis na determinação e constante adaptação das regras técnicas do processo, regras com as quais, dia após dia, devem trabalhar”<sup>136</sup>.

Logo se vê, portanto, que nada ou muito pouco se deve esperar do Poder Legislativo, mais comprometido com outras questões do que com a evolução do direito. Cabe aos atores processuais, instrumentos ímpares para a evolução do direito, a adoção de posturas vanguardistas, desafiadoras e eficientes.

---

submetidos exclusivamente às regras administrativas da OAB. Médicos, engenheiros e outros profissionais liberais, ao contrário, continuam sujeitos às sanções do art. 14. Advogados não.

<sup>134</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. *Evolução do Direito*. Tradução de Henrique Carvalho. Belo Horizonte : Ed. Líder, 2004, p. 87.

<sup>135</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000, p. 27.

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1993, p. 80.



### 1.2.3. Novos direitos e a necessidade de uma nova jurisprudência criadora de mecanismos para efetivá-los

Diante da massificação social e da sociedade de informações, surgem *novos direitos*<sup>137</sup>, antes não reconhecidos e por vezes sequer previstos na legislação, todos a exigirem de forma cada vez mais presente uma tutela efetiva do Poder Judiciário<sup>138</sup>.

São direitos criados a partir da evolução do próprio Estado, quando se retirou de foco o soberano e em seu lugar assentou o cidadão e seus direitos<sup>139</sup>. São direitos nascidos a partir do aumento do número de bens considerados merecedores de tutela (meio ambiente, por exemplo), ou a partir da extensão da titularidade de alguns direitos em relação a outros sujeitos que não apenas o homem (direitos dos animais, por exemplo), ou, ainda, a partir da constatação de que ser humano não pode ser concebido apenas como ser genérico e abstrato, mas diante de todas as suas especificidades (mulher, idoso, consumidor, trabalhador)<sup>140</sup>. São, enfim, direitos nascidos na “crise paradigmática motivada pela passagem da sociedade industrial para a digital, da sociedade nacional para a sociedade global, da cultura unitária lógico-formal cartesiana para a cultura dos espaços fragmentados, plurais e virtuais”<sup>141</sup>.

Embora os direitos civis – as liberdades exercidas contra o Estado

---

<sup>137</sup> Utilizamos aqui a expressão “novos direitos”, que já está consagrada, inclusive com a publicação do livro dos professores Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Moratto Leite: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Moratto (organizadores). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas; uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo : Saraiva, 2003.

<sup>138</sup> “Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 96-97.

<sup>139</sup> Utiliza-se aqui a célebre classificação de BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 73. Antoine Garapon entende que a pós-modernidade observa “sujeito que exige mais tutela e ao mesmo tempo mais liberdade”, situação em que “a justiça passa a ser destinatária de uma nova demanda que para ela se volta motivada pela ausência de outros referenciais”. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução de Maia Luíza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro : Revan, 2001, p. 172.

<sup>141</sup> WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Moratto (organizadores). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas; uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. VII.

– já estejam adequadamente previstas na legislação e tenham instrumentos eficazes de tutela (mandado de segurança e *habeas corpus*, por exemplo), outros direitos, considerando de segunda, terceira, quarta e até quinta dimensão<sup>142</sup>, ainda não tiveram reconhecida a sua efetividade, o que, novamente, demanda atividade jurisdicional e legislativa que o faça<sup>143</sup>.

Os direitos políticos e sociais, ditos de segunda dimensão (voto, direitos trabalhistas), e os direitos econômicos, sociais e culturais, ditos de terceira geração (meio ambiente, consumidor, proteção ao patrimônio cultural), em que pese tenham sido *declarados* em diversos instrumentos legislativos, nacionais e extra-nacionais, ainda são tratados à luz de procedimentos cunhados exclusivamente para os direitos individuais, o que gera inúmeras perplexidades<sup>144</sup>.

A bem da verdade, o que se percebe é que a legislação e o ensino do direito forjam no jurista esquemas de interpretação e de aplicação do direito que não conseguem funcionar fora do padrão civilista clássico. Apavoram-se inúmeros juristas diante da possibilidade de haver processo sem vítimas individualmente identificadas, como no caso de poluição hídrica, sonora ou atmosférica. Surpreendem-se julgadores com pedidos de indenizações por danos extrapatrimoniais em favor da tutela de bens coletivos. Tudo por não localizarem no Código Civil correspondência exata.

Por isso é que se acompanha o pensamento de Paulo de Tarso Brandão e de Antônio Carlos Wolkmer, para quem “impõe-se a ousadia da criação de mecanismos alternativos, assentados em ações legislativas

---

<sup>142</sup> Paulo Bonavides e outros autores entendem inadequado o vocábulo “geração” para expressar a idéia evolutiva dos novos direitos. Preferem o termo “dimensão”, por não induzir à falsa idéia de que os direitos se sucedem em ordem cronológica e se superpõe uns aos outros. De fato, a idéia de “dimensão” pode ser mais adequada, ainda que o termo utilizado por Norberto Bobbio tenha se consagrado. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 525.

<sup>143</sup> Para Antônio Carlos Wolkmer, “o estudo atento desses ‘novos’ direitos relacionados às esferas individual, social, metaindividual, bioética, ecossistêmica e de realidade virtual exige pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir sua tutela jurisdicional, seja por meio de um novo Direito Processual, seja por meio de uma Teoria Geral das Ações Constitucionais”. WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Moratto (organizadores). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas; uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 3.

<sup>144</sup> “Diante das profundas e aceleradas transformações por que passam as formas de vida e suas modalidades complexas de saber (genética, biotecnologia, biodiversidade, realidade virtual etc.), o Direito não consegue oferecer soluções corretas e compatíveis com os novos fenômenos”. WOLKMER, Antônio Carlos. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas; uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 21.

rápidas, efetivas e simplificadas, e em instâncias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizadas”<sup>145</sup>.

E acompanha-se também, como se verá ao longo do trabalho, o pensamento de José Isaac Pilati, para quem o resgate da importância dos direitos e interesses coletivos exige “a autonomia do coletivo em relação ao público-estatal”, com resgate das fontes romanas, principalmente no campo da participação popular no processo civil coletivo<sup>146</sup>.

No entanto, não se pode exigir que qualquer iniciativa dependa de uma revolução nos sistemas processuais. Seria utópico e, embora teoricamente adequado, absolutamente impraticável. Códigos perfeitos e harmônicos há muito não existem, se é que existiram, e não é no processo coletivo que se vai conseguir tal façanha.

Na verdade, entende-se que para tutelar os novos direitos a evolução deve partir sim do processo civil tradicional, inclusive das fontes romanas e do trato que recebiam os bens coletivos, mas, evidentemente, com a pós-modernização dos mecanismos, para torná-los mais eficazes e mais simples, e de uma *jurisprudência* que possa amparar decisões de primeiro grau, quase sempre tomadas a partir de conhecimento adquirido próximo aos fatos, em *cognição* mais aperfeiçoada da causa.

E, para tanto, uma das propostas que neste trabalho será estudada é a prisão civil do descumpridor de ordens judiciais, mecanismo eficiente, louvado em primeiro grau e por vezes criticado pelos longínquos tribunais superiores, mas sem dúvida reconhecido como instrumento de eficácia das decisões judiciais.

### 1.3. Como o processo pode enfrentar a pós-modernidade?

Ficaria vazio este estudo se, depois das críticas, não apresentasse algumas soluções, ou pelo menos alternativas. É o que se buscará fazer na sequência. Evidentemente, não há soluções mágicas e dóceis. A terra é encravada de pedras e precisa ser arada continuamente. A terceira alternativa, que é o objeto principal deste estudo, será naturalmente desenvolvida ao longo dos demais capítulos.

---

<sup>145</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas; uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 24.

<sup>146</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011. p. 171.

### 1.3.1. Primeira saída: o direito como função e não como simples norma

Uma constatação que vem tomando corpo atualmente é de que, dada a complexidade das relações sociais, e tendo-se em mente a real impossibilidade de atendimento de todas as demandas pelo Estado, que cada vez menos pode estar “em todos os lugares”, o modelo tradicional de Direito como sanção, como proibição *a posteriori*, está em decadência.

De fato, se o Estado não pode mais fiscalizar todas as operações juridicamente relevantes da sociedade, a estratégia a ser adotada é a que incentive a “auto-fiscalização” pelos administrados, através da premiação, do encorajamento de posturas que lhe são favoráveis.

Por isso mesmo a ciência jurídica tem buscado cada vez mais o que se convencionou chamar de *funcionalização* dos direitos, ofertando benefícios na realização dos programas estipulados pelo Estado, ao invés de proibir aquilo que não lhe é adequado.

O direito, assinala Norberto Bobbio, não é mais visto apenas como repressão, mas também como promoção, promoção do desenvolvimento e do bem comum. Para isso, vale-se a ciência jurídica, além das clássicas técnicas de desencorajamento de ações, das de encorajamento, que buscam levar os particulares a agirem espontaneamente de determinada forma<sup>147</sup>.

Assim, como exemplo evidente desta tendência, o Código Civil brasileiro, de 2002, prevê que o direito de propriedade e o direito de contratar já não são mais puramente normativos. Para serem dignos de alguma tutela pelo Direito, devem atender a uma função social, ou seja, uma função na sociedade, função que é reconhecida pelo ordenamento e por ele encorajada, tendo em vista ter sido eleita a adequada. Essa função social, portanto, não limita diretamente o exercício do direito,

---

<sup>147</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. 2 ed. Milano : Edizioni di Comunità, 1984, p. 13-32, principalmente. Diz o autor: “[...] me proponho a examinar um dos aspectos mais relevantes, e ainda pouco estudado, próprio em sede de teoria geral do direito, da nova técnica de controle social, que caracteriza a ação do estado social dos nossos tempos e a distingue profundamente daquela do estado liberal clássico: o emprego sempre mais difuso da técnica de encorajamento em complemento ou em substituição àquela tradicional de desencorajamento”. No original: “[...] mi propongo di esaminare uno degli aspetti più rilevanti, e ancor poco studiato proprio in sede di teoria generale del diritto, delle nuove tecniche di controllo sociale, che caratterizzano l’azione dello stato sociale dei nostri tempi e la distinguono profondamente da quella dello stato liberale classico: l’impiego sempre più diffuso delle tecniche di incoraggiamento in aggiunta a, o in sostituzione di, quelle tradizionali di scoraggiamento.”

mas o encoraja ao atendimento de certos requisitos<sup>148</sup>.

No campo tributário também é sensível esta nova postura. O encorajamento a determinadas posturas, como a proteção ao trabalhador, por exemplo, é realizada através de alíquotas distintas de acordo com o risco de acidentes de trabalho. Quanto maior o risco, maior o tributo incidente<sup>149</sup>.

Ao que tudo indica, contudo, o Judiciário e o Processo Civil ainda estão longe de adotar esta moderna técnica. Questões como boa-fé processual, cumprimento de ordens judiciais e execução civil poucas alterações observaram nos últimos tempos, numa evolução do modelo clássico (direito como norma) para o modelo pós-moderno (direito como função). Para não se cometer injustiça, entretanto, é preciso lembrar algumas novas regras de encorajamento do processo de execução, como a que incentiva o devedor a pagar no prazo com a redução dos honorários advocatícios pela metade<sup>150</sup> e que apontam passos firmes neste sentido de evolução.

Não se pode, evidentemente, ser ufanista a ponto de imaginar que a solução à inefetividade do Judiciário estará simplesmente na adoção de estratégias de encorajamento. Sempre será necessária a técnica da coerção, porque no mais das vezes as desvantagens em observar o programa estatal serão menores que as vantagens que a desobediência à lei acarreta e, por isso, proibições, multas, prisões e outras espécies de sanção continuarão sempre úteis e necessárias. Claro está, contudo, que as sanções deverão ser drásticas o suficiente para não se cair na tentação do descumprimento, no cálculo utilitarista que porventura possa ser feito.

### **1.3.2. Segunda saída: o processo coletivo relegitimado pela participação**

Outra das soluções para a crise de legitimidade que se aponta

---

<sup>148</sup> Embora só atualmente presente nos códigos, a função social não é ideia nova. Há quem atribua já à Magna Carta do rei inglês João Sem-Terra, de 1215, os primórdios da função social da propriedade, quando se garantia, diversas de suas passagens, a propriedade como meio de obtenção do sustento e da riqueza. No início do século passado, as constituições mexicana (1917) e alemã (Weimar, 1919) também lançam as bases do que posteriormente se convencionou denominar por *função social*. A primeira estatui que “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público” (art. 27). A segunda chega a afirmar que “A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social” (art. 153).

<sup>149</sup> Vide Lei nº 8.212/91 e Decreto nº 612/92.

<sup>150</sup> Art. 652-A, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, a verba honorária será reduzida pela metade”.

aqui é a *relegitimação pela participação*. Como se viu linhas acima, não é possível, diante do paradigma pós-moderno, continuarem as decisões judiciais pautadas pelo individualismo modernista, segundo o qual o magistrado, como um *bonus pater*, decidia os rumos da vida das partes.

Se isso ainda é possível no processo individual tradicional – ou o será ainda por bom tempo – o mesmo não se pode dizer do processo coletivo. Aqui é preciso criar formas de participação popular nas decisões, tornando-as indubitavelmente legítimas – e, portanto, com maior força vinculativa –, já que tomadas pelos próprios donos, pelos proprietários do bem em litígio.

Nisso, embora se trate de algo mais que moderno (pós-moderno), é preciso recordar as antigas, mas nunca velhas, lições do direito romano. O Judiciário romano não tinha juízes togados, incumbidos das decisões. O pretor era o presidente do processo, mas a decisão não era sua; a decisão era popular, tomada pelos cidadãos, eleitos como árbitros para a causa. Naquele tempo, “a autoridade eleita (ou designada pelas partes) era amparada pelo respeito – pelo acatamento e submissão às ordens e decisões – e não por razão abstrata prévia, tal como o valor econômico dos bens ou o interesse dos que mandam, pela via de apropriar-se, por qualquer modo, do poder do Estado”<sup>151</sup>.

Um longo caminho ainda deve ser percorrido para retornar às fontes. O salto dado pela Modernidade para retirar os bens coletivos da esfera de domínio dos próprios cidadãos faz com que hoje pareça – apenas pareça – improvável rejeitar a dicotomia privado *versus* público e aceitar uma nova tricotomia, já antiga no direito romano: privado, público e coletivo. Os bens coletivos deixam assim de ser equiparados a bens públicos e passam a ter outro tratamento jurídico. Não é mais o Estado que decide os rumos dos bens coletivos, como ocorre com os bens públicos. É a coletividade que decide sobre os bens coletivos.

Mas para isso serão necessários mecanismos eficientes de coleta da decisão coletiva. Não bastam as limitadas audiências públicas atualmente vistas pontualmente aqui e ali, em que as autoridades falam e a coletividade, quando comparece, apenas ouve. São necessárias audiências bem organizadas que permitam à coletividade opinar inclusive por meios eletrônicos, de modo a viabilizar a participação popular por meio de plebiscito e referendo<sup>152</sup>. E não vale mais a cansada

<sup>151</sup> PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011. p. 147.

<sup>152</sup> Uma sugestão de modelo básico de audiência pública é o seguinte: publicação do tema na Internet, com mecanismos de coleta de opiniões por certo período; todas as opiniões devem ser analisadas e constar num relatório final; o relatório deve ser inconclusivo; o relatório deve ser

justificativa de que, ao contrário de Roma, a explosão demográfica atual impede a participação direta. Os infinitos recursos da informática comprovam justamente o contrário, e as urnas eletrônicas e biométricas são prova disso.

Neste processo relegitimado, portanto, as decisões escaparão à crise do Judiciário e alcançarão, se o processo for realmente participativo e inclusivo, alto grau de vinculatividade, de obediência. Como é a comunidade, a um só tempo, juiz e parte, a tendência é que não seja descumprida a decisão.

O descumprimento, a desobediência, ainda ocorrerá, evidentemente. De seres humanos se trata e, portanto, falíveis sob todos os aspectos. Mas a desobediência vai revelar um grau muito maior de desacato – não só ao juiz, mas a toda a coletividade – e, assim, no sistema de ponderação, medidas mais enérgicas poderão ser adotadas. A prisão civil será uma delas e, por ser o principal objeto da investigação, será tratado adiante.

#### **1.4. Conclusão do capítulo: as várias causas da crise de legitimidade do Judiciário**

Muitos outros aspectos poderiam ser abordados para responder às perguntas iniciais. Questões como o surgimento de novos direitos ou a massificação social do pós-modernismo parecem realmente relevantes para o estudo das causas da crise de legitimidade do Judiciário brasileiro. Todavia, o estrito espaço deste trabalho exige o corte metodológico para permitir a melhor exposição do tema.

A título de conclusão parcial pode-se notar, em primeiro lugar, que não há um fator único a causar a crise de legitimidade do Judiciário. A veloz tempestade da pós-modernidade lavou grande parte da poeira das togas e deixou nus os magistrados diante de seu público. Revelaram-se suas falhas, suas fragilidades, sua falta de espaço na “democracia” contemporânea.

Agora que a legitimidade tradicional perde seu espaço, a legitimidade racional-legal, por sua vez, é desenganada e francamente reduzida. Fatores como a distância relacional entre Judiciário e sociedade, numa indiferença recíproca entre um e outro, contribuem para isso.

---

apresentado em audiência pública e na Internet; nesta audiência pública deve-se dar a palavra a todos que desejem falar; as opiniões devem ser registradas; novo relatório deve ser publicado; urnas devem ser colocadas à disposição da população nos lugares de maior movimento, por um período razoável à coleta dos votos de parcela significativa da população.

A existência de um duplo estado de direito, com seus ordenamentos autônomos também leva às mesmas consequências. Entidades, empresas, órgãos públicos já não são mais submetidos à mesma “lei” dos comuns. E o Judiciário perde mais um de seus pontos de apoio, a isonomia.

Não se pode esquecer também da desintegração do protótipo das figuras de autor e réu, e da prática judicial da *eficácia ocasional*, que torna magistrados senhores da declaração, mas servos da efetividade. À frente de tudo isso cresce e transborda o estado de exceção contínuo, em que o chefe do Executivo (e os interesses que o elegeram) é o soberano, o príncipe moderno.

Questionava Platão há mais de dois mil anos ser possível subsistir uma sociedade em que as sentenças proferidas nada podem. De fato, esta sociedade não subsiste, esta sociedade não mais existe. Esta sociedade agora é a pós-sociedade, ou seja, a sociedade pós-moderna. E soluções para isso são necessárias. Pitadas de funcionalização do direito e de participação popular, ao invés de pura normatização, podem ser dessas soluções. Mas serão suficientes?

O próximo capítulo apresentará o fundamento jurídico para a conclusão que está por vir. Existe um direito fundamental à tutela jurisdicional? Se existe, esta tutela jurisdicional deve ser efetiva? E no caso de colisão entre interesses coletivos e interesses individuais, tem o coletivo força *a priori* na ponderação?



## CAPÍTULO 2 – PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUANDO A LIBERDADE CEDE À EFETIVIDADE

*Os deuses certamente não revelaram tudo aos mortais desde o princípio, mas, procurando, os homens encontraram pouco a pouco o melhor (Xenófanés, poeta e filósofo grego, 565 a.C., fragmentos, 18)*

Como se espera tenha ficado claro até o momento, com as novas dimensões de direitos e a transformação da sociedade (massificação e informação) acentuou-se a crise de legitimidade do Poder Judiciário. Para fazer frente à crise, ou para, em outras palavras, tutelar adequadamente os novos direitos, exige-se a um só tempo efetividade e celeridade, mas sem descuidar da também necessária segurança e, evidentemente, da proteção aos direitos e garantias individuais.

Por isso mesmo o direito contemporâneo deve harmonizar todos os interesses envolvidos (efetividade, celeridade e segurança), porque deve contar não apenas aos direitos materiais fundamentais, mas também aos direitos *processuais* fundamentais, como os direitos à tutela jurisdicional eficaz, os direitos de ação e os direitos de defesa. Em outras palavras, não pode haver efetividade sem segurança, como também não pode o processo ser seguro sem ser efetivo.

Por direitos fundamentais entendem-se aqueles que dizem respeito às funções e características básicas do Estado e da sociedade, ou seja, direitos sem os quais não existe Estado de Direito, como o são o direito à liberdade de expressão, o direito a *habeas corpus*, o direito de acesso ao Judiciário, entre tantos outros. São direitos tão básicos que, sem eles, não se poderia sequer pensar em Direito<sup>153</sup>.

Logo se percebe que a teoria dos direitos fundamentais é essencial para o estudo atual do direito processual. Se o direito é uma permanente tentativa de harmonização de interesses conflitantes, é no

---

<sup>153</sup> Vide, com mais detalhes e maior profundidade, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 505.

processo que esta necessidade de *harmonia* se sente mais de perto. E para obter esta harmonia de modo justo, e para investigar se a tese proposta mantém esta harmonia, há que se pautar o estudo pela teoria dos direitos fundamentais e pelo estudo do princípio da proporcionalidade.

Em específico, este capítulo analisará se (e em que medida), na teoria dos direitos fundamentais, a prisão civil pode ser admitida como adequada à efetivação da tutela jurisdicional. O reconhecimento da força *a priori* dos interesses coletivos parece ser ponto chave neste estudo.

## 2.1. Teoria dos direitos fundamentais: uma breve introdução

Os textos atuais têm apontado para Robert Alexy e Ronald Dworkin como os formuladores da mais adequada teoria sobre os direitos fundamentais. O primeiro lançou suas idéias na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*; o segundo no livro *Levando os Direitos a Sério*. Ambos, de maneiras distintas, chegaram a conclusões semelhantes.

Como não está no objetivo deste trabalho se aprofundar no trabalho dos autores, basta resumidamente informar que a partir das idéias de ambos se percebeu que a teoria dos direitos fundamentais consiste em uma teoria dos *princípios* ou dos *valores* do direito.

Os direitos fundamentais, tais quais os *princípios* de direito, não podem ser compreendidos como regras (mandados absolutos), que valem ou não valem, a depender unicamente as circunstâncias fáticas observadas no caso concreto. Devem ser compreendidos como normas que determinam a realização de algo *na maior medida possível*, exprimindo uma idéia de gradação: são *mandados de otimização*<sup>154</sup>. As regras, por sua vez, são normas que não admitem gradação quando ao cumprimento; são *determinações específicas*<sup>155</sup>, característica que não se observa nos princípios e nos direitos fundamentais.

A regra segundo a qual é proibido fumar em determinados ambientes (ou dirigir embriagado), por exemplo, contém mandado absoluto. Ou é válida e não há qualquer possibilidade de admitir situação contrária, ou não é válida. Já o direito fundamental à liberdade de expressão, por exemplo, deve ser compreendido como princípio e não como regra, porque pode ser deixado de lado, sem que perca a validade, em determinada ponderação, como na ponderação entre a liberdade de

---

<sup>154</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

<sup>155</sup> Idem, p. 87

expressão e a intimidade da vida privada. Quando limitada a liberdade de expressão em favor da intimidade, continua vigendo a liberdade de expressão.

A *diferença prática* é que no conflito entre duas regras obrigatoriamente uma deve ser excluída; já num conflito entre princípios, prevalece o de maior peso ou importância, sem a necessária exclusão do outro, em virtude da relatividade de tal valor. O que em determinada situação é mais importante, pode ser menos importante em outra situação<sup>156</sup>. É, portanto, juízo de valor.

O elemento *valor* tem grande importância para o estudo dos direitos fundamentais, porque dá a perfeita noção da relatividade que têm (os direitos fundamentais). Se são mandados de *otimização* e não perdem a validade quando em conflito com outros princípios, uma teoria de direitos fundamentais deve manter uma constante ponderação, de modo a se alcançar um *ótimo* em cada caso concreto.

## 2.2. Princípio da proporcionalidade: força *a priori* dos interesses coletivos

Para alcançar este *ótimo*, para se obter esta ponderação entre os direitos fundamentais incidentes sobre determinado caso, vale-se a teoria do *princípio da proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade determina que, no confronto entre dois direitos fundamentais antagônicos, obtenha-se a ponderação pelo valor dado a determinado direito e que apenas em casos estritamente necessários os direitos fundamentais devem sofrer alguma restrição. O princípio, assim, limita o poder do Estado em prol do reconhecimento de outros princípios, porque requer responsabilidade na utilização do poder discricionário de julgar, de legislar e de executar as tarefas próprias da Administração: “a proporcionalidade aparece sob a prescrição de que só se admitirão leis restritivas de direitos se necessárias e na justa medida, vedado, em qualquer caso, o aniquilamento de outro direito protegido”<sup>157</sup>.

Em outras palavras: a proporcionalidade só admite decisões judiciais restritivas de direitos se *necessárias* e na *justa medida*,

---

<sup>156</sup> Idem, p. 81-115. O autor também distingue regras e princípios sob o critério do caráter *prima facie* e definitivo, afirmando que os princípios podem ter prioridade *prima facie*, ou seja, princípios que tenham prévia força argumentativa em se favor.

<sup>157</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996, p. 52.

proibindo a total exclusão de outros direitos fundamentais.

O reconhecimento do princípio da proporcionalidade de tal forma se amolda aos sistemas constitucionais vigentes no mundo que em muitos casos, como na Alemanha, na Espanha e no Brasil, não está expresso nas Constituições. Por outro lado, na maioria dos países em que há controle concentrado de constitucionalidade, os tribunais constitucionais têm se utilizado, de forma mais ou menos expressa, do princípio, ponderando entre os limites e a razoabilidade dos poderes do Estado (executar, legislar e julgar). Vê-se, de qualquer forma, que não é necessário que o princípio seja inscrito numa constituição que já prevê o controle de constitucionalidade, porque, segundo Paulo Bonavides, “o controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade”<sup>158</sup>, haja vista proteger direitos fundamentais insertos na Lei Fundamental.

O atual Direito Constitucional depurou o sentido do princípio da proporcionalidade, refinando terminologias e sistematizando seu conteúdo. Com os resultados, propõe-se que o princípio da proporcionalidade seja formado por três elementos ou subprincípios: a) adequação, b) necessidade, e c) proporcionalidade em sentido estrito<sup>159</sup>.

*O primeiro elemento* – o subprincípio da adequação – responde à seguinte pergunta: o meio escolhido é adequado ao resultado pretendido? Não se pretende aqui a resposta acerca do grau de eficácia dos meios tidos como aptos para alcançar os fins desejados, mas tão-somente a verificação da idoneidade da medida eleita em relação aos fins propostos: a medida é apta a alcançar os fins buscados? Como exemplo de não-atendimento ao subprincípio da adequação pode-se imaginar decisão judicial que, com o objetivo de evitar acidentes automobilísticos, proíba a fabricação de motores com mais de duzentos cavalos de força. Verifica-se que não é a proibição que fará com que os

---

<sup>158</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 362.

<sup>159</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996, p. 73. Joaquim José Gomes Canotilho entende igualmente que “qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1998, p. 417. Paulo Bonavides, em outras palavras, também afirma haver um sentido lato e um sentido estrito do princípio da proporcionalidade. No sentido lato, “o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”; no sentido estrito, “o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 357.

acidentes sejam evitados e, portanto, não é a proibição total o meio adequado para tanto.

O *segundo elemento* – o subprincípio da necessidade – responde à pergunta: a medida é realmente necessária aos objetivos a que se pretende? A medida é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa?

Aqui a questão primordial é a existência de uma outra medida de menor gravidade aos direitos fundamentais postos em jogo; vale dizer, se houver uma medida que fira com menor intensidade os direitos postos em jogo, esta deve ser a escolhida. Mas, a aferição da necessidade dá-se tanto qualitativa quanto quantitativamente, pois, como lembra Suzana de Toledo Barros, “uma medida legislativa [ou judicial] restritiva considerada apta quanto ao modo de restrição conducente ao resultado a ser obtido pode-se revelar totalmente inadequada quando se questiona, por exemplo, a sua duração no tempo”<sup>160</sup>.

O *terceiro elemento* é a proporcionalidade em sentido estrito. Tem ele especial relevo quando, no caso concreto, não se pode concluir pela desnecessidade da medida ou pela sua inadequação. O que resta é uma ponderação para verificar qual o direito fundamental tem maior peso no caso concreto (valor *a priori*, na dicção de Alexy). Logo se vê, portanto, que, diferentemente do subprincípio da necessidade, que leva a uma *ponderação dos fatos* para verificar por que meio a medida é menos drástica, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito prevê uma *ponderação dos direitos* em jogo, tratando de restringir aquele que tem menor valor jurídico no caso concreto. Assim quando, por exemplo, a interdição de uma rua principal propiciar a melhor realização do direito à liberdade de expressão numa passeata e, ao mesmo tempo, ferir gravemente o direito à vida por não permitir outro acesso ao principal hospital da cidade, o princípio da proporcionalidade indicará qual dos dois direitos fundamentais deve preponderar, diante do peso de cada um na relação de ponderação.

Em relação ao uso do princípio da proporcionalidade pelo Poder Judiciário, há que se recordar que, não obstante diversas críticas, principalmente ao suposto arbítrio que possa ocorrer pela falta de critérios mais científicos, objetivos ou racionais<sup>161</sup>, o princípio adquire

---

<sup>160</sup> Idem, p. 79.

<sup>161</sup> O maior crítico da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é Jürgen Habermas, que afirma justamente que a falta de critérios racionais pode levar ao arbítrio da “ponderação” proposta por Alexy. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge :

caráter de *diretriz interpretativa*, que deve conciliar eventuais antagonismos entre direitos fundamentais<sup>162</sup>.

Recomenda-se, no entanto, cautela no uso da proporcionalidade como princípio de interpretação, sob pena de “transformá-lo num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que de nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta, [...], ‘a um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz’”<sup>163</sup>.

Mas no exame da proporcionalidade em sentido estrito desponta a discussão acerca da existência de princípios com maior força *a priori*, ou seja, com peso relativamente maior que outros princípios igualmente válidos.

Robert Alexy entende que a ponderação deve pender para os princípios relacionados a interesses coletivos: “Característica do conteúdo dessa teoria dos princípios é que nela têm papel todos os princípios em questão, mas, enquanto ao princípio liberal se confere um peso relativamente pequeno, outorga-se um peso relativamente grande aos princípios vinculados com *bens coletivos*”<sup>164</sup>. Em outras palavras, os princípios coletivos têm maior peso que o princípio liberal e, por exemplo, ao princípio da proteção ao meio ambiente (coletivo) deve ser conferido peso *a priori* maior que o da livre empresa (liberal). É claro que o princípio coletivo jamais poderá aniquilar o princípio liberal, sob pena de quebra da própria teoria dos direitos fundamentais.

### 2.3. Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva

Muitos direitos fundamentais materiais deixariam de ter importância prática se não existisse um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, já que muitas vezes “os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação”<sup>165</sup>.

---

Massachusetts Institute of Technology, 1998. Robert Alexy respondeu à crítica de Habermas no *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*.

<sup>162</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 2002. p. 386-387.

<sup>163</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 2002. p. 395.

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002, p. 546, entendimento também adotado por MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 69-70.

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 208.

O direito de não ser inscrito nos órgãos de restrição ao crédito por dados inverídicos (art. 43, §1º, do CDC), por exemplo, perderia muito de seu sentido se a tutela jurisdicional para proteção deste direito não existisse ou fosse falha. Se, por exemplo, a decisão determinando a exclusão do nome do devedor do cadastro de inadimplentes só tivesse efeitos depois de transitar em julgado, haveria casos em que anos de constrangimento seriam implicitamente tolerados pelo direito, equivalendo tal situação a negar-se vigência ao dispositivo do Código de Defesa do Consumidor.

Por isso não há dúvidas em afirmar que um direito de tamanha relevância, pelo qual estão vinculados na prática (que é o que efetivamente importa) boa parte dos outros direitos fundamentais, deve ser também considerado como direito fundamental. Assim é, portanto, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Observado como um direito fundamental, o direito à tutela jurisdicional tem de ser ponderado como aquele mandado de otimização a que se refere Alexy, ou seja, deve ser realizado *na maior medida possível*.

Dessa forma, ao contrário do que se poderia pensar, mas justamente por ser um *direito fundamental*, o direito à tutela jurisdicional é que *vincula* o legislador e o próprio juiz. Não é o legislador que limita ou vincula o direito à tutela jurisdicional efetiva, porque este direito é fundamental e, por assim ser, não pode ser negado ou limitado. O legislador, enfim, se vê obrigado a criar técnicas processuais adequadas aos direitos materiais existentes, dentre as opções de sua discricionariedade legislativa, permitindo ao cidadão obter a tutela jurisdicional adequada, sob pena de inconstitucionalidade por omissão<sup>166</sup>, já que é sua obrigação “dar ao cidadão as ferramentas que lhe permitam construir e utilizar a ação adequada e idônea à proteção de seu direito material”<sup>167</sup>.

E isso justamente porque se nega ao cidadão o direito à autotutela, e nega-se com eficácia, já que o crime de exercício arbitrário das

---

<sup>166</sup> “A interpretação de acordo, assim como as técnicas de controle da constitucionalidade, não só devem tomar em consideração a imprescindibilidade de se outorgar plena oportunidade de acesso à justiça, mas também as necessidades de direito material e a própria espécie de tutela do direito material objetivada pela ação” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 215.

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 214.

próprias razões, de tipo penal amplo, é de fácil configuração<sup>168</sup>. Por princípio de isonomia, portanto, se assim avoca o Estado para si o direito de tutelar os direitos, também deve permitir igual eficácia aos mecanismos à disposição do particular para tutelá-los.

O juiz, por sua vez, proibido que está de se eximir de julgar alegando lacuna ou obscuridade da lei<sup>169</sup> e obrigado a agir com eficiência<sup>170</sup>, também não pode encontrar na omissão da legislação justificativa plausível para não entregar a tutela jurisdicional suficiente e necessária à garantia do direito invocado pela parte. “Até porque a omissão do legislador, nesse caso, também estaria negando ao juiz o poder necessário para exercer a sua função. Na verdade, a ausência de técnica processual para a tutela dos direitos constitui, a um só tempo, violação do direito fundamental de ação e obstáculo à atuação da jurisdição”<sup>171</sup>.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, assim, obriga juiz e legislador a adotarem posturas em prol da efetiva realização dos direitos materiais. O legislador, na medida em que é obrigado a dotar de mecanismos suficientes e adequados às partes, advogados, promotores e juízes<sup>172</sup>. O juiz, por outro lado, na medida em que deve interpretar o direito de modo a conferir esta eficácia, utilizando seu poder para evitar delongas e para impor comportamentos em favor do reconhecimento do direito.

---

<sup>168</sup> Art. 345 do Código Penal: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite. Pena – detenção de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

<sup>169</sup> Art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

<sup>170</sup> Art. 37, *caput*, da Constituição de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* e, também, ao seguinte [...]”.

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República também pode ser compreendido de forma a abarcar a garantia da eficiência da prestação jurisdicional: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O mesmo se diga em relação ao inciso LXXXVIII do art. 5º, adicionado pela Reforma do Poder Judiciário: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>171</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 216.

<sup>172</sup> São exemplos de inconstitucionalidade por atentado ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em nosso entender, embora os tribunais tenham amenizado a evidência da inconstitucionalidade, a Lei nº 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público, e a Lei nº 9.494/97, que trata da “aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública”.



## 2.4. Efetividade *versus* liberdade

Para os fins deste estudo, o conflito entre direitos fundamentais que mais importa é aquele que envolve de um lado a *efetividade* e de outro lado a *liberdade*. Se de um lado o princípio liberal exige respeito à liberdade do indivíduo em prol da dignidade humana, por outro lado o princípio da efetividade das decisões judiciais, em alguns casos, pode exigir o sacrifício da própria liberdade.

Imagine-se, inicialmente, o resultado da ponderação entre o direito do titular de um crédito qualquer e o direito do devedor. Quando e em que medida se poderia exigir o sacrifício da liberdade do devedor em favor da efetividade na cobrança judicial da dívida? Há quem diga que nunca, mas, em se tratando de princípios, que exigem ponderações de casos concretos, *nunca* é sempre uma resposta errada.

Sempre pode haver graus diferentes na valoração de um ou outro princípio. Se, por exemplo, o *credor* é pessoa de posses e o *devedor nada tem* além de parques e esporádicos vencimentos, a ponderação é uma; se, por outro lado, devedor e credor estão em *igual* situação financeira e social, a valoração entre o princípio efetividade e o da liberdade muda de figura e entra numa zona cinzenta; por fim, se o *devedor oculta bens* para se furtar à execução e o devedor necessita da satisfação do crédito para sua subsistência, não há dúvida em afirmar que a situação se altera completamente. No primeiro caso não haveria quem, nos dias de hoje, votasse pela prisão; no último caso, certamente a maioria votaria pela prisão. Na situação intermediária, ter-se-ia a zona cinzenta. De qualquer forma, os exemplos mostram que a ponderação há que se fazer caso a caso<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup> A prisão civil do depositário infiel é bom exemplo do conflito em que, *a priori*, vem se dando maior força ao princípio da efetividade. Mas ainda aqui, como nos exemplos anteriores, em ambos os lados da balança, pesam princípios liberais. Na prisão civil do depositário infiel, de um lado está o princípio que exige respeito à ordem judicial e ao patrimônio alheio, e de outro a liberdade do devedor. Embora ainda haja (e por muito tempo haverá) vozes favoráveis à prisão civil do depositário infiel, recente julgamento do STF, sem caráter vinculante, decidiu pela inconstitucionalidade da prisão civil de qualquer modalidade de depósito.

No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 3.12.2008, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ausente apenas o Min. Joaquim Barbosa, licenciado, reconheceu a inconstitucionalidade da prisão civil do alienant e fiduciário e do depositário infiel: “Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da CF, à luz do art. 7º, §7, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

A colisão entre interesses coletivos e interesses individuais, embora não tenha sido até o momento examinada a partir deste prisma pela jurisprudência, deve seguir aquele caminho proposto por Robert Alexy (item. 2.2): conferir preponderância *a priori* para os interesses coletivos. A razão é evidente: interesses coletivos dizem respeito a mais pessoas e, numa democracia, *respeitados certos limites*, o individual deve ceder ao coletivo, desde que não aniquile o próprio indivíduo. Além disso, os interesses coletivos, no processo pós-moderno, são evidente exercício de soberania direta, ao contrário dos interesses individuais. São os próprios cidadãos que decidem sobre o interesse coletivo que, assim, tem mais um fundamento para que se lhe garanta esta preponderância *a priori*.

Exemplos podem clarear. No processo coletivo tradicional, imagine-se a decisão que determine o restabelecimento do sinal de telefonia numa cidade do interior. A concessionária, por não visualizar vantagem financeira, dada a baixa densidade demográfica, opta por abandonar o local. Sabe a empresa que, se houver trânsito em julgado da sentença (diante dos inúmeros recursos possíveis), certamente sua sucessora é que arcará com as multas. As *astreintes* fixadas pelo magistrado, ainda que em valores altos, não coagem a empresa ao cumprimento da ordem. Toda a população fica sem o serviço público relevantíssimo da telefonia. A ameaça de prisão do responsável certamente seria suficiente para obter a tutela específica.

No processo coletivo pós-moderno, vale imaginar a decisão,

---

É importante anotar que em diversos pontos, embora o ponto de discussão não seja outras espécies de prisão civil, como quando o Min. Celso de Mello afirma que é “inconcebível prisão para cumprimento de ordem patrimonial” ou que “simples dívida não autoriza prisão” (p. 1274 e 1275). O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, lembra que “as legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de **obrigações contratuais**, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente” (p. 1135, g.n.). Nota-se a preocupação em liminar o conteúdo da proibição a obrigações de entregar dinheiro.

No voto do relator, Min. Cezar Peluso, fica evidente o caráter civilista empregado inicialmente ao julgamento. O relator buscou desconstruir a ficção jurídica criada pelo Decreto-Lei nº 911/69, à luz do direito civil. O Min. Gilmar Mendes e Celso de Mello apresentaram análise da Constituição e do Pacto de São José da Costa Rica, tecendo primeiramente considerações sobre a posição normativa dos tratados internacionais. Gilmar Mendes conclui, importando categorias jurídicas até então inexistentes no Brasil, que os tratados são normas “supralegais” que “paralisam” “a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante” (p. 1160).

Álvaro Vilaca Azevedo defende o fim absoluto da prisão civil por obrigações pessoais de dar dinheiro: “o patrimônio é que deve responder pelo inadimplemento obrigacional civil, por *débitos*, não a pessoa do devedor”. AZEVEDO, Álvaro Vilaca. *Prisão civil por dívida*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 13, grifo nosso.

tomada em audiência pública, para fazer cessar a queima de palha de cana. O presidente de uma sucroalcooleira, que não reside no local, mantém a ordem a seus funcionários, que continuam causando poluição. Multas também não o dissuadem, porque prefere arcar com os riscos. A ameaça de prisão, evidentemente, teria força coativa muito maior.

## **2.5. Direitos individuais e liberdade: a especificidade dos direitos da criança e adolescente**

Mas não apenas os direitos coletivos. A proteção a direitos individuais, quando *a priori* tiverem maior peso que a liberdade, também pode justificar a prisão civil em caso de descumprimento de ordem judicial. O exemplo brasileiro dos direitos, individuais da criança e do adolescente, confirma a tese.

O art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente considera “absoluta prioridade” a “efetivação” dos direitos “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

A opção legislativa é clara e bastante consentânea com os mandamentos internacionais em matéria de direitos da infância e juventude: os direitos ali enumerados devem ser “efetivados” com *absoluta* prioridade. E, quando se fala em “absoluto”, não se pode admitir relativização, ou seja, não se pode admitir que, no conflito com outros direitos, cedam aqueles arrolados no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não pode haver, de forma lógica, prioridade maior que a prioridade absoluta. No direito brasileiro, portanto, a prioridade no Legislativo, no Executivo e no Judiciário deve ser, em termos absolutos, a criança e o adolescente.

O direito à educação, o direito à moradia, o direito à convivência familiar e comunitária, dentre tantos outros, só podem ser realmente considerados “prioridade absoluta”, cumprindo o mandamento legal (que é derivado da própria Constituição), se lhes for conferida primazia no confronto com o princípio da liberdade. Do contrário, decisões judiciais, por exemplo, que determinem uma matrícula compulsória de adolescente, se não forem cumpridas, acabaram tornando aquele direito *letra morta*. Uma decisão sem efetividade não passa de um texto como qualquer outro. Tem no máximo a função de informar, de ilustrar, mas não de regular um conflito.

Daí porque, se não forem suficientes outros mecanismos menos gravosos de efetivação da decisão, como a multa, o bloqueio de bens, o

sequestro de verbas públicas, a suspensão de atividades, deverá se valer o magistrado da prisão civil, admitida pelo art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará *providências que assegurem o resultado prático* equivalente ao do adimplemento”. E, para garantir o resultado prático, se os outros meios forem ineficazes, parece natural que o poder de *imperium*, que sempre permeou a função jurisdicional, possa se valer da prisão como último recurso.

Lembre-se inicialmente – o tema será aprofundado nos próximos capítulos – que a multa, a propalada *astreinte*, tem, na prática pouca efetividade, notadamente quando se trata de pessoas jurídicas de direito público ou grandes conglomerados econômicos. Em primeiro lugar, porque, na falha dicção do Estatuto da Criança e do Adolescente, “só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor”, o que não raras vezes leva décadas. Em segundo lugar, porque em se tratando de pessoa de direito público, a multa não é sofrida pelo agente que nega o reconhecimento do direito, mas sim pela própria sociedade, anos após o fim de seu mandato, no problemático sistema de precatórios. E, em terceiro lugar, porque a jurisprudência ainda tem sido frouxa na fixação da multa: quando não a reduz em sede recursal (até mesmo em recursos especial e extraordinário), perdoa o devedor diante do cumprimento da obrigação de fazer devida, com uma interpretação absurda do art. 461, §6º, do Código de Processo Civil<sup>174</sup>.

Imagine-se, para exemplificar, a existência de página na Internet divulgando, como ocorreu num passado recente em Santa Catarina, nomes e fotos de adolescentes envolvidos na prática de crime sexual. Em defesa da proteção da intimidade, dignidade e respeito dos adolescentes envolvidos (art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente), o Ministério Público poderia propor ação civil pública para obstar a divulgação na Internet.

Uma liminar cominando multa teria pouca valia. O responsável pela página não tem patrimônio e, o pouco que tem, está protegido pela Lei da Impenhorabilidade, que também protege descumpridores de ordens judiciais<sup>175</sup>. A suspensão da página também não obtém sucesso junto ao provedor, já que o responsável escolhe livremente outros

<sup>174</sup> Art. 461, §6º: “O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

<sup>175</sup> O art. 3º da Lei nº 8.009/90 protege o credor apenas quando for: trabalhador da própria residência; o Fisco; a instituição financeira que financiou a compra ou a construção do imóvel; o credor da pensão alimentícia; o credor hipotecário; a vítima de crime; o locador.

provedores para hospedar sua página, chegando a instalá-la em mais de um ao mesmo tempo. O Estatuto da Criança e do Adolescente garante o direito das crianças, mas o processo, se não compreender aquela primazia, acaba negando vigência a este direito, quando não contém os elementos necessários a torná-lo efetivo.

Enfim, um dos pilares interpretativos do Direito da Criança e do Adolescente está no princípio da prioridade absoluta. Tanto o art. 227 da Constituição da República quanto o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente enunciam o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes como “absoluta prioridade”.

Note-se que o texto constitucional não obriga apenas à “prioridade”, expressão que usa também em outros momentos<sup>176</sup>, mas determina uma “absoluta prioridade”, ou seja, uma prioridade qualificada, expressão que não utiliza em nenhum outro ponto do texto constitucional.

Josiane Rose Petry Veronese e Luciene de Cássia Policarpo Oliveira deixam claro que o princípio da prioridade absoluta decorreu do reconhecimento de uma “proteção diferenciada – proteção especial – ao universo da criança e do adolescente”. E relembram que “no contexto jurídico brasileiro, em atenção a toda essa evolução normativa, adveio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promotora de significativa mudança, pois de acordo com os principais documentos internacionais e os reclamos da sociedade brasileira [...] estabeleceu à criança e ao adolescente prioridade absoluta”<sup>177</sup>.

Se realmente é prioridade absoluta, o Direito da Criança e do Adolescente, quando em confronto com outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade, deve *a priori* ceder. Na ponderação entre direitos fundamentais, o direito, ainda que individual, das crianças e adolescentes, pela letra constitucional vigente, deve ter primazia.

E, sendo assim, haverá ocasiões em que, para a obtenção desta

---

<sup>176</sup> O art. 37, IV, trata da prioridade para convocação de aprovados em concursos anteriores sobre os aprovados em novos concursos. O art. 43, §2º, IV, impõe prioridade nos incentivos fiscais “para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas”. O art. 174, §4º, concede prioridade às cooperativas de garimpagem na obtenção de autorização de lavra. O art. 198, II, exige prioridade para as ações de saúde preventiva. O art. 212, §3º, confere prioridade para a distribuição de recursos no ensino obrigatório.

<sup>177</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau : Nova Letra, 2008, p. 62-63.

prioridade, o juiz, na multidiversidade dos casos concretos levados ao seu conhecimento, deverá contrabalançar um e outro, utilizando o instituto da prisão civil, ainda importante, para a obtenção das providências equivalentes ao adimplemento da obrigação constitucional, mesmo em caso de direitos individuais, autorizado pelo art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, pelo art. 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor e, por fim, pelo art. 217 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esta providência, como se verá no próximo capítulo, não é vedada pela Constituição da República, quando trata da prisão civil por dívida. Trata-se, na verdade, de prisão por desacato a ordem judicial, que é admitida inclusive para direitos individuais em países como Alemanha, Canadá, Estados Unidos da América e Inglaterra.

Por outro lado, o último capítulo demonstrará como o atual direito processual civil brasileiro – e mesmo o direito penal – é carente de solução adequada e eficiente para o descumprimento de ordens judiciais, ainda que em processos que tenham por objeto interesses coletivos ou mesmo em processos coletivos participativos, em que a soberania se exerce diretamente.

### CAPÍTULO 3 – A PRISÃO CIVIL E O *CONTEMPT OF COURT*

*O Estado de Direito está no coração de nossa sociedade; sem ele não pode haver paz, nem ordem nem bom governo. O Estado de Direito é diretamente dependente da habilidade das cortes em fazer cumprir suas ordens e manter sua dignidade e respeito. Para garantir o cumprimento de suas ordens e o respeito, desde o século XII as cortes têm exercido o poder de punir por contempt of court*<sup>178</sup>.

Como se viu nos capítulos anteriores, uma das causas da falta de legitimidade do Poder Judiciário é a inefetividade de seus provimentos, objeto deste estudo. Esta falha, não custa repetir, tolhe o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e privilegia quem opte pelo desacato, desequilibrando os sujeitos processuais. Notadamente em tempos em que a legitimidade é reencontrada pela participação, em

---

<sup>178</sup> Voto da juíza McLachlin, da Suprema Corte do Canadá, no caso *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901. No original: “The rule of law is at the heart of our society; without it there can be neither peace, nor order nor good government. The rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect. To maintain their process and respect, courts since the 12th century have exercised the power to punish for contempt of court”. Íntegra disponível em <http://csc.lexum.org/en/1992/1992scr1-901/1992scr1-901.pdf>, acesso em 26.6.2011. Note-se que, de acordo com os fundamentos da decisão (p. 37-38) a falta de previsão legal (codificação) do contempt of court criminal não impede a punição criminal a este título, por conta da admissão genérica de punição por contempt no próprio Código Penal: Seção 9: Notwithstanding anything in this Act or any other Act, no person shall be convicted or discharged under section 730 (a) of an offence at common law, (b) of an offence under an Act of the Parliament of England, or of Great Britain, or of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, or (c) of an offence under an Act or ordinance in force in any province, territory or place before that province, territory or place became a province of Canada, *but nothing in this section affects the power, jurisdiction or authority that a court, judge, justice or provincial court judge had, immediately before April 1, 1955, to impose punishment for contempt of court.*

contraditório com simétrica paridade entre os interessados<sup>179</sup>, a tutela dos direitos *coletivos* não pode ficar tão a descoberto, já que são dotados de maior valor *a priori* na ponderação com os direitos individuais.

A dúvida agora a ser sanada neste capítulo é: o direito brasileiro admite a prisão civil pelo descumprimento de ordens judiciais, por aquilo que os países de *common law* chamam de *contempt of court*?

Há quem diga que a prisão do depositário infiel, assim como a prisão do descumpridor de decisões judiciais cíveis, e até mesmo a prisão do devedor de alimentos, encontre vedação na proscrição da prisão civil por dívida<sup>180</sup>.

Esta afirmação, todavia, como se vai demonstrar adiante, decorre de uma confusão entre o conceito de dívida (uma relação obrigacional contratual de dar *dinheiro*) e o conceito de obrigação civil pura (obrigação de dar, fazer ou não fazer algo).

Para esclarecer a questão debatida neste estudo é necessária uma pequena pesquisa legislativa e histórica, que parta do estudo das constituições anteriores, passando pelas previsões da legislação codificada e pela experiência estrangeira, até que se esclareça o conceito de *dívida* para o direito brasileiro e para a regra constitucional do art. 5º, LXVII.

Entretanto, não é o conceito técnico de “dívida” que interessa a

<sup>179</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas : Bookseller, 2006. Vide também ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, n. 8, jul./dez. 2010, p. 101-111.

<sup>180</sup> Álvaro Vilaça Azevedo afirma ser “pela eliminação total da prisão civil por dívida”. No entanto, seus argumentos principais demonstram clara miopia em relação à efetividade da tutela jurisdicional, já que chega a propor, em relação à prisão do alimentante, que “em situação de emergência, o Estado é responsável pela vida humana” e que “quando o legislador quiser agilizar qualquer recebimento de prestação no campo do Direito Privado, deverá instituir mecanismos procedimentais de execução patrimonial, e não de coerção pessoal do devedor, para experimentar sua solvabilidade”. Tais mecanismos, segundo o autor, necessitariam que o próprio devedor colocasse seus bens “à disposição da Justiça”, “enumerando-o, de acordo com sua declaração de bens junto ao Imposto sobre a Renda, inclusive outros, que eventualmente existam, anexando balancete discriminado, sob forma mercantil, de seu estado econômico-financeiro”. Isso sem mencionar que boa parte da fundamentação teórica de sua pesquisa é voltada exclusivamente para os negócios fiduciários e alienação fiduciária em garantia, relações em que evidentemente o credor (bancos e financeiras) é sempre economicamente mais forte que o devedor. AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Prisão civil por dívida*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 184 e 185. Em outras palavras, para o autor, como forma de melhorar a efetividade da execução civil seria necessário contar com uma declaração de bens do próprio devedor à justiça... E se não apresentar a declaração? E se omitir bens? Estas respostas, a teoria de Vilaça não apresenta.



este estudo, ou seja, o objeto da obrigação, a prestação devida<sup>181</sup>, já que os textos nacionais não primam pela boa técnica neste ponto. Importa aqui saber qual o sentido conferido à completa expressão “prisão civil por dívida” pelas constituições brasileiras e, para tanto, é mais adequado o exame do texto das próprias constituições e do tema no direito internacional.

### 3.1. Como as constituições brasileiras trataram o tema “prisão civil”

Nem todas as constituições brasileiras trataram do tema. Algumas preferiram deixar livre o legislador para regular como bem entendesse a prisão civil. Assim ocorreu com a Constituição do Império, de 1824, com a Constituição Republicana de 1891 e com a Constituição de 1937.

E, de fato, o Regulamento nº 737, vigente de 1850 a 1939 – durante tais constituições, portanto – admitia a prisão civil nas seguintes hipóteses: depósito (art. 269); fuga do devedor e fraudes falimentares (art. 343), não exibição de livros comerciais no prazo assinado pelo juiz (art. 352); recusa na entrega de título de crédito (art. 376); conluio de árbitro comercial com alguma das partes (art. 440); prevaricação de oficiais de justiça na penhora (art. 514); e resistência ao cumprimento de penhora (art. 517).

Já se observa de início que a prisão civil admitida pelo Regulamento nº 737 não dizia respeito ao pagamento de dinheiro, mas sim a desobediências a ordens judiciais ou ao desrespeito ao juiz da causa. O depósito (art. 269), sempre configurou um atentado ao Poder Judiciário, que confiava ao cidadão a guarda de um bem. A fuga do devedor (art. 343) representava verdadeira fraude à execução e, portanto, atentado à efetividade da jurisdição. A não exibição de livros (art. 352) e a recusa na entrega de título de crédito (art. 376) são típicos casos de desobediência a ordens judiciais, assim como a resistência ao cumprimento da penhora (art. 517). O conluio entre as partes e a prevaricação dos oficiais, por outro lado, configuravam crimes contra a administração da justiça e, em última análise, desacato ao Poder Judiciário. Todos os casos citados, portanto, dão um bom indício de que a prisão civil, nestes casos, não se referia a dívidas pecuniárias ou contratuais, mas sim a desobediências e desacatos ao Judiciário.

Outras constituições, embora aparentemente proibissem

---

<sup>181</sup> “A prestação devida é a conduta ou comportamento do devedor, a atividade ou abstenção de atividade que é essencial para realização do interesse do credor”. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 36.

totalmente a prisão civil por dívidas, eram interpretadas da maneira como aqui se propõe, ou seja, de modo a admitir as prisões pelo desacato ou pelo descumprimento de ordens judiciais.

A Constituição de 1934, por exemplo, proibiu a prisão civil nos seguintes termos: “Não haverá prisão por dívidas, *multas ou custas*” (art. 113, nº 30). Veja-se, portanto, que foi além da atual Constituição, uma vez que as tradicionais exceções nem sequer foram contempladas. O Código de Processo Civil de 1939, editado sob a vigência desta Constituição (1934), admitia algumas formas de prisão civil: a prisão da testemunha que se negasse a depor sem motivos<sup>182</sup>, ou do devedor que não restituísse título de crédito<sup>183</sup> e ainda previa genericamente o recurso de agravo para o caso de prisões no curso do processo civil (art. 842,VI), deixando claro que também genericamente poderia haver prisões no processo civil.

Novamente se percebe que certamente a desobediência à ordem judicial para depor como testemunha e para a devolução de títulos de crédito não deveria se amoldar ao conceito de *dívida* da Constituição de 1934, já que o Código de Processo Civil de 1939 admitia a prisão e jamais teve sua constitucionalidade contestada<sup>184</sup>.

Examinando o texto da Constituição de 1934, Mario Guimarães de Souza esclarece que “o aludido preceito constitucional proibia só e unicamente a ‘prisão por dívidas’, que é apenas um dos muitos casos de prisão civil, uma das sub-espécies do vasto gênero”<sup>185</sup>.

As Constituições de 1946 e de 1967, esta última inclusive com a Emenda de 1969, revisaram o texto anterior e incluíram as exceções tradicionais, sem também qualquer referência à prisão por descumprimento de decisões judiciais: “Não haverá prisão civil por dívida, *multa ou custas*, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da

<sup>182</sup> “Art. 243. Se a testemunha se negar a depor sem aduzir motivos, ou depois de havida por injustificada a recusa, responderá pelas despesas e prejuízos causados às partes, em consequência do retardamento ou frustração da prova, podendo ainda o juiz aplicar-lhe multa de cem mil réis a um conto de réis, ou *pena de prisão* até cinco dias”.

<sup>183</sup> “Art. 732. A apreensão judicial do título não restituído ou sonegado, pelo emitente, sacado, ou aceitante, e a *prisão* daquele que, tendo-o recebido para firmar o aceite ou efetuar o pagamento, se recusar a entregá-lo, serão precedidas de prova da entrega do título”.

<sup>184</sup> Uma emenda parlamentar proposta durante a discussão do anteprojeto da Constituição de 1934 pretendia tornar mais claro o dispositivo constitucional, aparentemente em relação à multa criminal mas acabou sendo rejeitada. A redação proposta era: “Não haverá prisão por *dívida*, salvo a administrativa ou civil, nem por multas e custas, salvo os casos de conversão penal”. CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1935, p. 368.

<sup>185</sup> SOUZA, Mario Guimarães. *Da prisão civil*. Recife : Jornal do Commercio, 1938, p. 54.

lei” (art. 141, §32, da Constituição de 1946 e art. 150, §17, da Constituição 1967).

Não houve, durante o tempo de vigência conjunta do Código de Processo Civil de 1939 e da Constituição de 1967, qualquer posição jurisprudencial negando terem sido as prisões processuais civis de 1939 recepcionadas pela nova Constituição<sup>186</sup>.

Pontes de Miranda, ao comentar sob a luz da Constituição de 1967 o atual art. 885 do Código de Processo Civil, que prevê a prisão civil por negativa de entrega de título de crédito – outro caso de prisão civil, portanto –, defende sua constitucionalidade, afirmando que “a prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam de *dívidas* no sentido estrito (*e.g.*, depósito, comodato, fidúcia real), nem de *multas* ou de custas”<sup>187</sup>.

Para o autor, “sempre que se trata de dívida, *no sentido estrito*, e não de entrega do bem alheio, a prisão por dívida é constitucionalmente proibida. Salvo se por dívida de alimentos. Noutros termos: se a ação executiva é pessoal, sem ser por alimentos, incide o art. 153, §17, da Constituição de 1967; se a ação executiva é real, não”<sup>188</sup>. Recorde-se que o direito de crédito (pessoal) é um vínculo entre duas ou mais pessoas, pelo qual uma pode exigir das demais uma prestação. O direito real, por sua vez, consiste no poder direto de uma pessoa sobre uma coisa, poder que pode opor a terceiros. No sentido do texto, ação executiva real é a que se refere à ação com o objetivo de obter uma coisa (*res*) em poder de terceiro. Nesta última hipótese, para Pontes de Miranda, sempre seria cabível a prisão civil.

Por fim, a Constituição da República de 1988 adotou a seguinte redação: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento *voluntário e inescusável* de obrigação alimentícia

---

<sup>186</sup> Admitia o Código de Processo Civil de 1939 a prisão da testemunha que se negasse a depor sem motivos (art. 243), ou do devedor que não restituísse título de crédito (art. 732), além das prisões por depósito infiel e alimentos; previa genericamente o recurso de agravo para o caso de prisões no curso do processo civil (art. 842, VI). Na jurisprudência do STF nada foi encontrado que negasse validade constitucional aos dispositivos.

<sup>187</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XII. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 326.

<sup>188</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970, p. 265. O STF já admitiu a prisão de quem sonega a devolução de título de crédito enviado para aceite, à luz da Constituição de 1967: HC nº 52.613, rel. Min. Djaci Falcão, j. 24.9.1974.

e a do depositário infiel”<sup>189</sup>.

Comentando o dispositivo, Pinto Ferreira pouco esclarece ao dizer que a atual Constituição da República “não admite a prisão por *simples* dívida”. No entanto, ao mencionar os códigos da antiguidade (Hamurabi, Manu e Lei das XII Tábuas), deixa claro que por “*simples* dívida” entende tratar-se a dívida de entregar dinheiro<sup>190</sup>.

Celso Ribeiro Bastos, outro comentarista da Constituição de 1988, também pouco esclarece sobre o tema. Apenas informa que “já não se aceita mais prisão de devedor inadimplente”. Os termos técnicos (devedor e inadimplente), se estivessem utilizados corretamente, aparentemente abarcariam qualquer situação de prestação devedora não cumprida. No entanto, a leitura de seu texto permite concluir que o autor se refere unicamente às obrigações de entregar dinheiro<sup>191</sup>.

O que se percebe claramente pela leitura dos dispositivos e pela tradição histórica do direito brasileiro é que o termo *dívida* se refere à obrigação de entregar dinheiro, ou seja, *obrigações pessoais pecuniárias*, tal como “multas ou custas”, como referiam algumas constituições, ou tal como a entrega de dinheiro decorrente de contrato entre particulares<sup>192</sup>. E, portanto, a resposta à pergunta inicial é sim. O direito brasileiro admite sim a prisão civil por descumprimento de ordens judiciais.

Essa compreensão se justifica claramente pela história por detrás do instituto. O próprio Álvaro Vilaça Azevedo parece reconhecer este detalhe, porque logo na introdução de seu livro *Prisão Civil por Dívida*

<sup>189</sup> Art. 5º, LXVII, da Constituição da República de 1988.

<sup>190</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 195. Para o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a prisão civil é proibida quando se tratar de mera incapacidade de cumprir uma obrigação contratual (“No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation”). Note-se que o advérbio *merely* (mero, em português), mais se assemelha ao advérbio utilizado por Pinto Ferreira: *simples* dívida. Em nossa opinião, isso demonstra que ao tratar de *simples dívida*, pretende o estudioso tratar da *obrigação contratual* a que se referem os textos internacionais.

<sup>191</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. 3 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 327.

<sup>192</sup> Uma reflexão é importante aqui. Nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988 aparentemente não houve discussão sobre o significado e a extensão da proscição da prisão por dívida. Não havia ainda, como se viu no primeiro capítulo, a necessidade de discutir no plano dos direitos fundamentais se um juiz podia ou não prender alguém por descumprimento de ordens judiciais e, assim, talvez esteja explicada a ausência de discussão a respeito. No final da década de 1990 e no começo do século XXI, entretanto, o espaço alcançado pelo garantismo, que tem no Brasil fortes contornos abolicionistas, trouxe novamente a discussão à tona, ganhando terreno a tese de que a prisão é sempre indesejável. Atualmente, entretanto, parece estar-se caminhando para um ponto de equilíbrio, que é justamente o que propõe este trabalho.

menção sua intenção de demonstrar “a tendência do Direito de abolir, completamente, a execução pessoal, por dívida”, afirmando ainda que “o patrimônio é que deve responder pelo inadimplemento obrigacional civil, por *débitos*, não a pessoa do devedor”<sup>193</sup>. E, no decorrer da obra, exemplifica como prisões por dívida a prisão do devedor de ouro e prata do Código de Hamurabi, ou a prisão do devedor de dinheiro emprestado no Código de Manu, ou, ainda a prisão e escravidão daquele que “confessa dívida perante o magistrado” da Lei das XII Tábuas<sup>194</sup>.

Vale lembrar que também no Direito Português antigo, que inspirou a proscrição da prisão civil nas constituições, previa-se a prisão para saldar *obrigações pessoais pecuniárias*. Se os bens não fossem suficientes para quitar a dívida, a regra legal era: “prendam-no e não o soltem até que a dívida seja paga”<sup>195</sup>.

Em outras palavras, pela tradição histórica do direito brasileiro (e do direito mundial, como se verá), a prisão “por dívida” se referia sempre a obrigações de entregar dinheiro, tal como as multas e custas devidas ao Estado ou a entrega de dinheiro pelo devedor ao credor de uma obrigação civil.

E um motivo forte há para reconhecer a validade desta interpretação: o que foge ao bom senso na sociedade contemporânea é que alguém venha a ser preso por *não ter dinheiro* para pagar uma dívida, como naquele caso conhecido em que uma mulher ficou presa por quarenta e cinco anos por não pagar uma multa de dezenove libras<sup>196</sup>. Em todas as outras situações, no entanto, a depender daquela ponderação entre a relevância dos interesses em discussão, pode haver sim prisão civil, quer se trate de obrigação pessoal ou real, porque não há vedação constitucional ou legal.

### **3.2. Experiência de outros países no tratamento da prisão civil: o *contempt of court***

O interesse em trazer a este estudo o exame da experiência de outros países, inclusive de convenções internacionais, está em permitir que a comparação traga à tona o que de melhor há entre os diversos

<sup>193</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Prisão civil por dívida*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 13.

<sup>194</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Prisão civil por dívida*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 15, 16 e 21.

<sup>195</sup> VELASCO, Ignácio Poveda. *A execução do devedor no direito intermédio*. São Paulo : Livraria Paulista, 2002, p. 84.

<sup>196</sup> O caso teria ocorrido na Inglaterra, segundo PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 195.

sistemas jurídicos. Não que o direito estrangeiro ou o direito europeu sejam superiores ao brasileiro. De modo algum. São “apenas diferentes”, como acentua o italiano Mario Losano, que se auto-intitula combatente do etnocentrismo e do eurocentrismo jurídico<sup>197</sup>, muito em voga no Brasil, principalmente no Supremo Tribunal Federal. Mas, se é com as diferenças que se cresce, está justificada a incursão.

### 3.2.1. O direito alemão, as obrigações infungíveis e os deveres processuais

O Código de Processo Civil alemão, país de constitucionalismo muito forte, prevê em diversas situações a prisão civil de partes e testemunhas, em mecanismos que se assemelham ao *contempt of court*<sup>198</sup>. Especialmente na Parte 3 do Livro 8 (§§ 883 e seguintes), que trata da “execução para obter a entrega de uma coisa ou prestações de fazer ou de não fazer”, estão previstas as causas para prisão civil que mais interessam a este estudo.

A primeira delas diz respeito à obrigação de fazer não fungível. Para o Código de Processo Civil alemão, “em caso de uma prestação de fazer que não possa ser realizada por terceiro, quando esta dependa exclusivamente da vontade do devedor, deve-se formular petição no processo de primeira instância, e ao devedor pode-se impor uma multa como meio coercitivo para obter o cumprimento da prestação de fazer e, para o caso de não poder ser realizada, lograr a imposição de *prisão*”<sup>199</sup>.

O mesmo ocorre no caso de oposição à obrigação de não fazer ou de tolerar a realização de alguma coisa. Também neste caso incide inicialmente uma multa e, para o caso de não se poder cumpri-la, é prevista a prisão domiciliar de até seis meses<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> “Como em meus outros trabalhos, este também combate o etnocentrismo e, em especial, o eurocentrismo jurídico. Ele parte do princípio de que o direito europeu não é superior aos outros, mas apenas diferente”. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo : Martins Fontes, 2007, p. XLV.

<sup>198</sup> ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Matthias. *Introduction to german law*. 2 ed. Netherland : Kluwer Law International, 2005.

<sup>199</sup> §888, 1. Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei.

<sup>200</sup> §890, 1. Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft

O Código de Processo Civil alemão também dedica todo um capítulo à “declaração de vontade e prisão”, regrando detalhadamente o procedimento para imposição da medida coercitiva. O § 901 prevê genericamente que a ausência do devedor da audiência designada para outorgar a declaração de vontade implicará a sua prisão<sup>201</sup>. Nestes casos, a prisão não pode durar mais de seis meses<sup>202</sup>.

Também prevê o direito processual civil alemão que, além da obrigação de pagamento das custas, à testemunha regularmente intimada que não comparecer serão impostas multa e prisão, para o caso de não ser paga a multa (§ 380). O mesmo ocorre com aquele que se negar a testemunhar (§ 390), que contém dispositivo idêntico ao § 380<sup>203</sup>.

Pela leitura do Código de Processo Civil alemão percebe-se a nítida preocupação com a efetividade das decisões judiciais. No caso de não ser possível aplicar a multa prevista como primeira cominação – o

oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250.000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen. Tradução livre: Se o devedor viola uma obrigação de se abster de um ato ou de tolerar a realização de um ato, ele deve, para cada violação, a pedido do credor, ser compelido pelo juízo de primeiro grau a pagar uma multa e, em caso de não pagamento, ser sentenciado à detenção por desobediência civil, ou detenção por desobediência civil por até seis meses. A multa não deve exceder 250.000 Euros, as detenções não devem exceder a dois anos”.

<sup>201</sup> §901. Gegen den Schuldner, der in dem zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bestimmten Termin nicht erscheint oder die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Abgabe auf Antrag einen Haftbefehl zu erlassen. In dem Haftbefehl sind der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen. Einer Zustellung des Haftbefehls vor seiner Vollziehung bedarf es nicht. Tradução livre: Contra o devedor que não comparece ou sem razão deixa de comparecer à audiência designada para apresentar declarações de vontade em juízo, deve a corte emitir mandado de prisão para obrigá-lo a outorgar a declaração. O credor, o devedor, os fundamentos do mandado devem constar do mandado. Não é necessária a notificação prévia do devedor sobre o cumprimento do mandado.

FISCHER, Howard D. *The german legal system and legal language*. 4<sup>th</sup> ed. New York : Routledge-Cavendish, 2009, p. 225.

GOREN, Simon L. *The Code of Civil Procedure Rules of the Federal Republic of Germany of January 30, 1877, and the Introductory Act for the Code of Civil Procedure Rules of January 30, 1877, as of January 1988*. Littleton, CO : F.B. Rothman, 1990.

<sup>202</sup> §913, 1. Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Tradução livre: A prisão não poderá exceder a um período de seis meses.

<sup>203</sup> §390, 1. Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder aus einem rechtskräftig für unerheblich erklärten Grund verweigert, so werden dem Zeugen, ohne dass es eines Antrages bedarf, die durch die Weigerung verursachten Kos. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt. Tradução livre: Se a testemunha ou a pessoa compromissada, sem justa causa, recusar-se a fornecer uma prova ou a testemunhar sem dar motivo ou por motivo injustificado, os custos da recusa devem ser impostos à testemunha, de ofício. Ao mesmo tempo, ela (testemunha) deve ser multada e, em caso de não recolher a multa, deve ser imposta a prisão.

que pode ocorrer não apenas pela insuficiência financeira do devedor, mas também por ocultação de bens, por fuga, entre outras – a prisão é sempre admissível como meio de execução indireta.

Veja-se, no entanto, que, em respeito à dignidade humana, o próprio Código nega a possibilidade de prisão civil no caso de obrigações meramente pecuniárias, reservando as hipóteses de prisão civil para as obrigações infungíveis e para as obrigações de não fazer ou de tolerar, justamente aquelas que, sem a participação do devedor, não se consegue resultado eficaz.

E o faz num sistema “misto”, já que a primeira alternativa sempre é a multa que, se não for suficiente, acaba se transformando em prisão<sup>204</sup>.

### 3.2.2. Direito francês e a *astreinte*: a criação de um mecanismo pela jurisprudência

O Código de Processo Civil francês não prevê casos de prisão civil por descumprimento de ordens judiciais<sup>205</sup>. Refere-se apenas, na seção que rege o depoimento de testemunhas, que o juiz procederá à prisão por falso testemunho<sup>206</sup>. Não comina, como em outros ordenamentos, inclusive no código brasileiro de 1939, a sanção de prisão para o caso de não comparecimento da testemunha, que teria, aí sim, caráter coativo e não sancionatório.

No direito francês, o mecanismo utilizado para cumprimento das ordens judiciais é a *astreinte*, já incorporada no direito brasileiro e bastante conhecida por aqui. O atual Código de Processo Civil francês admite a utilização de *astreintes* em diversas etapas do processo, como na produção probatória (exibição de documentos sob pena de multa, art. 11).

O que importa ressaltar da *astreinte* para este estudo é que este meio coercitivo foi criado *pela jurisprudência* francesa somente no

<sup>204</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*. Ano 32, n° 149, mar/2007, p. 147-149.

<sup>205</sup> HERZOG, Peter; WESER, Martha. *Civil procedure in France*. Netherlands : Martinus Nijhoff, 1967, p. 558.

<sup>206</sup> Article 211 Les personnes qui sont entendues en qualité de témoins prêtent serment de dire la vérité. Le juge leur rappelle qu'elles encourent des peines d'amende et d'emprisonnement en cas de faux témoignage. Les personnes qui sont entendues sans prestation de serment sont informées de leur obligation de dire la vérité. Tradução livre: As pessoas ouvidas na qualidade de testemunhas devem jurar dizer a verdade. As testemunhas juram dizer a verdade. O juiz deve lembrá-las que incorrem nas penas de multa e prisão por falso testemunho. Pessoas que ouvidas sem prestar juramento devem ser informadas da obrigação de dizer a verdade.



início do século XIX. Os primeiros registros históricos do uso deste instrumento datam de 1811 e 1824, data esta na qual a Corte de Cassação reconheceu a validade de uma sentença cominatória da instância inferior. O tribunal reconheceu possível ao juiz cominar a pena de dez francos por dia de atraso na restituição de documentos<sup>207</sup>.

Somente cento e cinquenta anos depois, em 1972, a *astreinte* foi reconhecida pela legislação francesa, na Lei 72-626, posteriormente substituída, mantendo a *astreinte*, pela Lei nº 91-650, de 1991, que reformou a execução civil.

Em outras palavras, para o direito francês, certamente pelo reconhecimento do poder de império do juiz, o poder de impor multas não precisou estar declarado em lei; era implícito no sistema.

### 3.2.3. A agonia do direito italiano e as soluções criminalizantes

O Código de Processo Civil italiano não prevê claramente a prisão civil por descumprimento de ordens judiciais. As duas previsões de prisão no texto do código estão previstas para a recusa de testemunhar<sup>208</sup> e para o caso de culpa grave na execução dos trabalhos do assistente técnico do perito<sup>209</sup>. Para a negativa em testemunhar até que se pode reconhecer um caráter coercitivo; para a culpa na execução da perícia, no entanto, é evidente o caráter sancionatório.

A agonia italiana com a morosa solução das demandas judiciais é raro caso de que se tem notícia de consequências internacionais. Com a adesão à Comunidade Europeia (1957), e diante da previsão da Convenção de Direitos do Homem de acesso por qualquer cidadão à

---

<sup>207</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado*. Revista de Processo, ano 32, nº 149, mar/2007, p. 129-130.

<sup>208</sup> Art. 256. Se il testimone, presentandosi, rifiuta di giurare o di deporre senza giustificato motivo, o se vi è fondato sospetto che egli non abbia detto la verità o sia stato reticente, il giudice istruttore lo denuncia al pubblico ministero, al quale trasmette copia del processo verbale. Il giudice può anche ordinare l'arresto del testimone. Tradução livre: Se a testemunha, apresentando-se, recusa-se a prestar o juramento ou a depor sem motivo justificado, o se há fundada suspeita de não haver dito a verdade ou tê-la calado, o juiz instrutor deverá transmitir cópia do processo ao Ministério Público. O juiz pode também ordenar a prisão da testemunha.

<sup>209</sup> Art. 64. Si applicano al consulente tecnico le disposizioni del codice penale relative ai periti. In ogni caso, il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti, e' punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a lire venti milioni. Si applica l'art. 35 del codice penale. In ogni caso e' dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti. Tradução livre: Aplicam-se ao assistente técnico as disposições do código penal relativas aos peritos. Em todo caso, o assistente técnico que incorre em culpa grave na execução do ato que lhe foi requisitado é punido com a prisão por até um ano ou com multa de vinte milhões de liras. Aplica-se o art. 35 do código penal. Em todo caso, é devido o ressarcimento dos danos causados às partes.

tutela jurisdicional do Tribunal Europeu de Direitos do Homem<sup>210</sup>, a Itália viu-se ré em diversas demandas que postulavam indenização pela demora na prestação jurisdicional<sup>211</sup>. O número de demandas passou a crescer tanto que causou inclusive desconforto diplomático na Itália. O Legislativo italiano, em resposta, modificou a constituição para exigir, numa norma geral, a “razoável duração do processo”. E criou, posteriormente, em 2001, pela Lei Pinto, uma indenização por duração exagerada do processo<sup>212</sup>.

Mas lá também estas medidas não alcançaram o objetivo fundamental: conferir maior agilidade a um processo civil sem conferir ao juiz os poderes necessários para fazer valer seu pronunciamento e, por outro lado, garantindo excessivas instâncias recursais e procedimentos cada vez mais longos. A Lei Pinto conseguiu, na prática, retirar da Corte Internacional a jurisdição sobre o tema, já que é requisito o prévio esgotamento dos recursos internos e, neste caso, o pedido de indenização conferido pela lei seria (mais uma) medida disponível ao cidadão.

Pelo menos na Itália, contudo, a insuficiência dos mecanismos processuais fez parte da doutrina sustentar, já a partir de 1960, a possibilidade de prisão como meio coercitivo para o cumprimento de obrigações infungíveis, o que foi feito notadamente a partir do surgimento de novos direitos, como o direito do trabalho<sup>213</sup>. O problema de executoriedade da tutela urgente que obrigue o empregador a restituir o empregado ao trabalho é sempre lembrado como um marco na doutrina italiana<sup>214</sup>. Pelo direito do trabalho italiano, o descumprimento da sentença que condena a restituir o empregado ao trabalho não

---

<sup>210</sup> Art. 34 – Petições individuais: “O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito”. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, 4.4.1950.

<sup>211</sup> HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7179>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

<sup>212</sup> A Lei nº 89, de 24 de março de 2001, trata da “Previsão de justa reparação em caso de violação da duração razoável do processo e modifica o art. 375 do Código de Processo Civil”. Profundos comentários à lei podem ser encontrados em BESSO, Chiara. *Misure acceleratorie e riparatorie contro l’irragionevole durata dei processi*. Turim : G. Giappichelli Editore, 2002.

<sup>213</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado*. Revista de Processo, ano 32, nº 149, mar/2007, p. 142.

<sup>214</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitoria e tutela das obrigações de fazer e de não fazer). *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*. Número 1, janeiro/abril de 1996, p. 85-95.

encontra mecanismos suficientes para execução quando o empregador se nega a cumprir a ordem. A incidência de uma multa calculada de acordo com o salário do trabalhador, além de insuficiente, é solução criticada por “monetizar” o dano sofrido pelo trabalhador<sup>215</sup>.

O processualista Proto Pisani propõe o uso da técnica da incriminação penal direta por meio do art. 388 do Código Penal italiano. Para o processualista, “o art. 24, §1º, da Constituição deve ser interpretado à luz do princípio segundo o qual ‘o processo deve dar o quanto possível àquele que tenha razão, e tudo aquilo que tenha direito de obter’<sup>216</sup>”, referindo-se ao seguinte trecho da Constituição italiana: “São assegurados todos os meios de agir e de se defender, em qualquer jurisdição”<sup>217</sup>.

No Brasil, Araken de Assis é partidário da mesma tese. Embora reconheça que a atual legislação penal “constitui ameaça longínqua”, entende “possível criar tipo penal particular, cominando pena elevada, quiçá tornando-o inafiançável”<sup>218</sup>.

A idéia deste e de outros juristas é que o descumprimento da obrigação instituída na sentença civil seja sancionado pelo direito penal, e sugere a aplicação dos tipos penais já existentes (art. 388 e art. 650 do Código Penal italiano, equivalentes à fraude à execução e ao crime de desobediência)<sup>219</sup>.

<sup>215</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Op. cit.*, p. 141-142

<sup>216</sup> No original: “L’art. 24 comma 1º della costituzione, se interpretato allá luce Del principio secondo cui <il processo deve dar per quanto è possibile praticamente a chi há ragione tutto quello e próprio quello ch’egli há diritto di conseguire”. PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. *Rivista Trimestrale di Diritto i Procedura Civile*. Nº 33. Milão : Giuffré, 1978, p. 1.161 e 1162.

<sup>217</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado*. Revista de Processo, ano 32, nº 149, mar/2007, p. 143. Diz o art. 24 da Constituição italiana: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.”. Tradução livre: Todos podem postular em juízo tutela dos direitos e dos interesses legítimos. A defesa é direito inviolável em todas as fases e graus do procedimento. São assegurados todos os meios de agir e de se defender, em qualquer jurisdição.

<sup>218</sup> ASSIS, Araken. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo. v. 111. São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 2003, p. 34.

<sup>219</sup> Art. 388: “Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice. Chiunque, per sottrarsi all’adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l’accertamento dinanzi l’Autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da lire 200.000 a 2 milioni. Tradução livre: Inexecução dolosa de um provimento do juiz. Qualquer pessoa que, para subtrair-se ao cumprimento de uma obrigação civil fundada em sentença condenatória, ou da qual foi dado como incurso por autoridade judiciária, realiza em relação a seus bens ou quaisquer outros bens atos de simulação ou fraude,

Ambos os delitos, todavia, preveem penas baixíssimas, que acabam sendo substituídas por restritivas de direitos ou mesmo por medidas despenalizadoras, aplicáveis no direito italiano para penas de até cinco anos de reclusão<sup>220</sup>. Na prática, tanto aqui como lá, a depender do valor a ser investido no cumprimento da ordem judicial, é mais vantajoso sujeitar-se à pena criminal.

E, por outro lado, os tipos penais são muito mais amplos dos que os equivalentes brasileiros. O delito de fraude à execução (art. 179) só se procede mediante ação penal privada e a pena pode ser substituída pela multa. Exige, por outro lado, processo executivo em tramitação e atos inequívocos de alienação, desvio, destruição o danos ao patrimônio. O descumprimento da ordem judicial não tipifica o crime. O crime de desobediência (art. 330) tem pena máxima de seis meses de detenção e, ainda que seja de ação pública, admite todas as medidas despenalizadoras do direito penal brasileiro (transação penal, suspensão condicional do processo, substituição por penas restritivas, suspensão condicional da pena). Mas também, pela doutrina penal, não se tipifica quando houver cominação de multa ao descumprimento da ordem judicial.

Verifica-se, assim, que a carência de mecanismo de efetivação das ordens judiciais italianas vem exigindo uma engenharia jurídica excessivamente elástica que, todavia, não atingirá os objetivos, justamente por não identificar a diferença entre sanção e coerção processuais. Em outras palavras, por não prever a prisão como técnica processual, agoniza o direito italiano diante de sua inefetividade.

Maiores detalhes sobre o sistema penal brasileiro serão explorados no capítulo seguinte.

---

ou comete qualquer ato com objetivo fraudulento, é punido, se não cumprir com a ordem para executar a sentença, com prisão de até três anos ou uma multa de 200.000 a 2 milhões de liras.

Art. 650: “Inosservanza dei provvedimenti dell’Autorità: Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall’Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d’ordine pubblico o d’igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l’arresto fino a tre mesi o con l’ammenda fino a lire 400.000”. Tradução livre: Inobservância dos provimentos de autoridade: Qualquer um que não observe uma ordem legalmente proferida por razões de justiça ou de segurança pública, ou de ordem pública ou de higiene, é punido, se o fato não constitui crime mais grave, com prisão de até três meses ou com multa de até 400.000 liras.

<sup>220</sup> Pelo *patteggiamento* ou *applicazione della pena su richiesta delle parti* (aplicação da pena a pedido das partes), pode-se aplicar desde logo a pena prevista para o delito, reduzida em até um terço, ou aplicar a suspensão condicional da pena, para crimes com pena de até cinco anos de reclusão. A previsão se encontra no art. 444 e seguintes do Código de Processo Penal italiano.

### 3.2.4. Direito inglês: o tradicional *contempt of court*

Passa o direito inglês a observar, a partir do século XIV, o nascimento da equidade (*equity*) como mecanismo de interpretação judicial nas lacunas da legislação (*statute*). Por equidade no direito inglês pode-se entender “o recurso a princípios de justiça para corrigir ou suplementar a lei a ser aplicada em circunstâncias particulares”,<sup>221</sup>.

Noutros termos: na falta de regulamentação legal para a adoção das medidas necessárias, o juiz ficava livre, pela *equity*, a decidir como fosse mais adequado, já que, pela *civil law*, a pouco eficaz reparação de danos era a única sanção admitida em caso de descumprimento.

Nasce aí o *contempt of court*, ou “desprezo pela corte”, ou “ultraje à corte”, que nada mais é do que a desobediência às ordens ou regras impostas pelo juízo, e que, além do descumprimento de decisões judiciais, chega a abarcar também condutas inconvenientes como linguagem insolente ou perturbação dos trabalhos<sup>222</sup>.

As sanções pelo *contempt of court* são a prisão, a multa, a perda de direitos processuais e o sequestro. Na esfera civil, o *contempt* se divide em direto e indireto. No direto, “o juiz pode prender imediatamente o recalcitrante, concedendo-lhe um prazo para justificar sua conduta”<sup>223</sup>. O indireto exige um procedimento prévio, com citação e oportunidade de oitiva do responsável pelo desacato ou descumprimento.

A diferença entre as sanções do *contempt of court* e as sanções *penais* por desobediência reside em que as primeiras duram enquanto durar a desobediência, apesar de hoje serem limitadas geralmente ao máximo de dois anos (já tiveram duração ilimitada). Para a configuração da sanção penal, no entanto, não importa o cumprimento posterior da ordem.

Os mecanismos do *contempt of court* são atualmente considerados os mais modernos e eficientes. Diversas publicações

---

<sup>221</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado*. Revista de Processo, ano 32, nº 149, mar/2007, p. 136: “the recourse to principles of justice do correct or supplement the law as applied to particular circumstances”; “the judge decided the case by equity because the statute did not fully address the issue”. Tradução livre: O recurso a princípios de justiça para corrigir ou suplementar a lei a ser aplicada em circunstâncias particulares; o juiz decidiu o caso por equidade porque a lei não regulava inteiramente o assunto.

<sup>222</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado*. Revista de Processo, ano 32, nº 149, mar/2007, p. 140.

<sup>223</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. Revista de Processo, nº 102, ano 26, abr./jun. de 2001, p. 223.

nacionais vêm buscando adaptá-lo ao direito brasileiro, como Luiz Guilherme Marinoni<sup>224</sup>, Alexandre Freitas Câmara<sup>225</sup>, Ada Pellegrini Grinover<sup>226</sup>, Luiz Rodrigues Wambier<sup>227</sup>, Joel Dias Figueira Júnior<sup>228</sup>, Marcelo Lima Guerra<sup>229</sup>, Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues<sup>230</sup>, entre outros que terão seu pensamento detalhado no próximo capítulo.

Convém anotar, desde já, que os países de tradição inglesa também ratificaram os tratados internacionais em matéria de direitos humanos e, mesmo assim, convivem pacificamente com a prisão civil por descumprimento de ordens judiciais.

### 3.2.5. Direito canadense e a mistura anglo-francesa

Quando se pesquisa sobre o *contempt of court* geralmente acabam-se evidenciando as distinções entre o sistema do *civil law*, de que é expoente o direito francês, e o *common law*, que tem como representantes Inglaterra e Estados Unidos.

A pesquisa sobre o tema no Canadá se mostra interessante porque lá as duas culturas se fundiram incrivelmente bem, a ponto de o francês e o inglês serem ambas línguas oficiais, inclusive nos tribunais. Por certo, há que se presumir, o melhor das duas culturas deve ter sido apropriado pelos canadenses durante todos estes anos de coexistência<sup>231</sup>.

Chama a atenção que o Código de Processo Civil canadense trata já em seu primeiro artigo do *contempt of court*, ou *outrage au tribunal*, a depender da língua que se opte pela tradução. Consta deste primeiro dispositivo que “ressalvadas provisões em sentido contrário de alguma

<sup>224</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 87-88.

<sup>225</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 18, set/2004, p. 9-19.

<sup>226</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. *Revista de Processo*, nº 102, ano 26, abr./jun. de 2001, p. 219-227. Ver também: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p. 62-69.

<sup>227</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, nº 119, ano 30, jan. 2005, p. 35-59.

<sup>228</sup> FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 74-90.

<sup>229</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>230</sup> JORGE, Flávio Cheim; DIDIER Jr., Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2 Ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 3.

<sup>231</sup> Na província de Quebec predomina o *civil law*, ao passo que no restante do país predomina o *common law*. O direito penal é uniforme em todo o país.

lei geral ou ato especial, a prisão em matéria civil é abolida, exceto em casos de *contempt of court*<sup>232</sup>. Evidencia-se, desde já, que para o direito canadense prisão civil e *contempt of court* são coisas totalmente distintas. Uma evidentemente se refere a dívidas pecuniárias e outro a obrigações genéricas perante o juízo.

Na seção específica sobre o poder de punir pelo *contempt*, o Código de Processo Civil canadense esclarece que “as cortes ou juízes podem condenar qualquer pessoa considerada culpada por *contempt of court*”<sup>233</sup>. “É culpado por *contempt of court* quem desobedece qualquer ordem ou mandado do tribunal ou de um de seus juízes, ou que age de tal maneira a interferir na normal administração da justiça, ou a atentar contra a autoridade ou dignidade da corte”<sup>234</sup>. Frise-se: esta previsão está no Código de Processo Civil, não no Código Penal canadense.

As sanções são previstas logo a seguir: “Exceto se disposto de maneira diversa, aquele considerado culpado por *contempt of court* está sujeito à multa não excedente a \$ 5.000,00 ou à prisão por período não superior a um ano. A prisão pela recusa em obedecer ordem ou mandado pode ser repetidamente infligida até que a pessoa condenada obedeça”<sup>235</sup>.

O procedimento visa à efetividade e, por isso, não pode ter maiores formalidades que as necessárias a assegurar sumário exercício de defesa: “Quem seja considerado culpado [flagrado] por *contempt of court* na presença de um juiz no exercício de suas funções pode ser condenado de plano, providenciando-se para que seja chamado a justificar seu comportamento”<sup>236</sup>. “O julgamento é realizado após instrução sumária; se houver condenação, deve-se estabelecer a pena imposta e enunciar os fatos em que se funda, e neste caso deve ser executada de acordo com o Capítulo XIII do Código de Processo

---

<sup>232</sup> 1. Notwithstanding any contrary provision of any general law or special Act, imprisonment in civil matters is abolished, except in cases of contempt of court.

<sup>233</sup> 49. The courts or judges may condemn any person who is guilty of contempt of court.

<sup>234</sup> 50. Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

<sup>235</sup> 51. Except where otherwise provided, anyone who is guilty of contempt of court is liable to a fine not exceeding \$5 000 or to imprisonment for a period not exceeding one year. Imprisonment for refusal to obey any process or order may be repeatedly inflicted until the person condemned obeys.

<sup>236</sup> 52. Anyone who is guilty of contempt of court in the presence of the judge in the exercise of his functions may be condemned at once, provided that he has been called upon to justify his behaviour.

Penal”<sup>237</sup>.

Ao longo do Código de Processo Civil canadense ainda há diversas outras previsões de aplicação das sanções por *contempt of court*, podendo-se citar a recusa em testemunhar<sup>238</sup>, a recusa em apresentar laudo pericial<sup>239</sup>, depositário infiel<sup>240</sup> e desobediência genérica a mandados judiciais (*injunctions*)<sup>241</sup>, entre outros (arts. 284, 836, 854).

É interessante neste ponto evidenciar que no direito canadense a prisão pelo descumprimento de ordens judiciais (*contempt of court*) não é considerada prisão civil e, além disso, é tratada como delito a ser apurado de forma sumária e executado tal qual as penas criminais. Geralmente o desprezo público pela corte, quando adicionado ao dolo de diminuir o respeito à ordem judicial, configurando um “escárnio”, uma “afronta”, é considerado *criminal contempt*. Quando, todavia, é

<sup>237</sup> 54. Judgment is rendered after summary hearing; if it contains a condemnation it must state the punishment imposed and set forth the facts upon which it is based, and in such case it shall be executed in accordance with Chapter XIII of the Code of Penal Procedure (chapter C-25.1).

<sup>238</sup> 313. A witness who, without valid reason, refuses to answer, is guilty of contempt of court, as is he who, having in his possession some real evidence connected with the litigation, refuses to produce it. Tradução livre: A testemunha que, sem razão válida, recusa-se a responder, é culpada por *contempt of court*, assim como é aquele que, tendo em sua posse alguma prova relacionada ao litígio, recusa-se a produzi-la.

<sup>239</sup> 424. An expert who refuses or unduly delays to file his report, is guilty of contempt of court. Tradução livre: O perito que recusa ou indevidamente atrasa a entrega de seu laudo é culpado por *contempt of court*.

<sup>240</sup> 583. Subject to articles 583.1 and 583.3, the seizing officer must entrust the property seized to the debtor, who must accept it. If the debtor is a legal person, the seizing officer may entrust the property to the senior officers or to one of them. The debtor so constituted guardian cannot remove or damage the property, on pain of contempt of court and damages. Tradução livre: Sujeito aos artigos 583.1 e 583.3, o oficial de justiça deve depositar a propriedade apreendida ao devedor, que deve aceitá-la. Se o devedor é uma pessoa jurídica, o oficial deve depositar a propriedade perante os oficiais seniores ou perante algum deles. O devedor, assim constituído depositário, não pode remover ou danificar a propriedade, ou sob pena de *contempt of court* e indenização pelos danos.

<sup>241</sup> 761. Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding \$50 000, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction. The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so. Tradução livre: Qualquer pessoa nominada ou descrita em um mandado judicial, que o infringe ou recusa a obedecê-lo, e qualquer pessoa, ainda que não descrita, que dolosamente se contrapõe ao mandado, é culpada por *contempt of court* e pode ser condenada a uma multa não excedente a \$ 50.000,00 com ou sem prisão por um período de até um ano, sem prejuízo ao direito de indenização pelos danos. Tais penas devem ser repetidamente infligidas até que o contraventor obedeça o mandado. A corte também pode ordenar a destruição ou remoção de que tiver sido feito em contravenção ao manado, se houver razão para tanto”.



praticado em ação privada, prejudicando majoritariamente a outra parte, pelo descumprimento da ordem judicial, é considerado civil<sup>242</sup>.

O que se pode concluir é que, no avançado direito canadense, a prisão civil como técnica processual é largamente admitida, conferindo aos juízes o poder necessário à tutela do direito material.

### 3.3. A prisão civil nos tratados internacionais

Poder-se-ia objetar que a prisão civil ainda vigente em muitos países é resquício de um autoritarismo antigo. Os modernos tratados sobre direitos humanos, entretanto, demonstram o oposto.

Três grandes fontes de direito internacional tratam da prisão civil. A Convenção Européia sobre Direitos Humanos, de 1950, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 1969, pela Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica. Esta última é mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Os dois últimos tratados foram ratificados no Brasil pelos Decretos nº 592/92 e 226/91, respectivamente. A Convenção Européia serve de fonte de Direito Internacional, embora não possa ser aplicada

---

<sup>242</sup> A distinção, ainda que não tão clara para os acostumados ao *civil law*, é evidenciada pela jurisprudência canadense a partir da doutrina: “The context in which these incidents occurred, the large numbers of men involved and the public nature of the defiance of the order of the court transfer the conduct here in question from the realm of a mere civil contempt, such as an ordinary breach of injunction with respect to private rights in a patent or a trade-mark, for example, into the realm of a public depreciation of the authority of the court tending to bring the administration of justice into scorn”. Voto do juiz Kelck, no caso *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, íntegra em <http://scc.lexum.org/en/1953/1953scr1-516/1953scr1-516.html>, acesso em 26.6.2011. Tradução livre: “O contexto em que estes incidentes ocorrem, o grande número de homens envolvidos e a publicidade do desprezo à ordem da corte transfere a conduta aqui em questão do reino do mero *contempt* civil, como é uma violação ordinária de mandado relativo a direitos privados em um caso de patentes ou registro de marca, por exemplo, ao reino da depreciação pública da autoridade da corte, tendendo a escarnecer a administração da justiça”.

Definição semelhante consta no dicionário *Black’s Law*: “Contempts are also classed as civil or criminal. The former are those quasi contempts which consist in the failure to do something which the party is ordered by the court to do for the benefit or advantage of another party to the proceeding before the court, while criminal contempts are acts done in disrespect of the court or its process or which obstruct the administration of justice or tend to bring the court into disrespect. A civil contempt is not an offense against the dignity of the court, but against the party in whose behalf the mandate of the court was issued, and a fine is imposed for his indemnity. But criminal contempts are offenses upon the court such as willful disobedience of a lawful writ, process, order, rule, or command of court, and a fine or imprisonment is imposed upon the contemnor for the purpose of punishment”. BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 6th ed. Saint Paul (Mínnesota) : West Publishing, 1990, p. 319.

no Brasil por não ser um dos países signatários do tratado, já que os Estados-partes foram limitados a países europeus.

Como se sabe, os tratados ratificados ingressam no ordenamento brasileiro no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias, ou seja, abaixo da Constituição, orientação firmada desde o RE nº 80.004/SE, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977<sup>243</sup>, orientação desde então repetida pelos tribunais inferiores que entendem que “a Carta Política da República [...] se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil”<sup>244</sup>. Com a Emenda Constitucional nº 45, ficou ainda mais evidente este entendimento, muitas vezes criticado, por força do §2º do art. 5º da CR/88, porque só terão força de normas constitucionais os tratados que forem aprovados por *quorum* qualificado na Câmara e no Senado<sup>245</sup>.

Os tratados sobre direitos humanos assinados em 1966 e 1969, assim, têm força normativa interna equivalente às leis ordinárias. A Convenção Europeia, embora não tenha normatividade alguma no Brasil, deve ser estudada como fonte interpretativa do tema aqui proposto, porque com grande clareza delimita a prisão civil para os países do Velho Continente.

A análise dos textos, assim, serve a duplo propósito. De um lado, permite identificar o sentido da expressão “dívida” no texto nacional e internacional; por outro, demonstra como outros países do mundo tratam do tema, num legítimo exercício de direito comparado.

### 3.3.1. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Para o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>246</sup>, de 1966, a regra está assim prevista: “Ninguém poderá ser preso com fundamento apenas na inabilidade de cumprir uma obrigação contratual”<sup>247</sup>.

<sup>243</sup> “Embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País”. RE nº 80.004/SE, j. 1.6.1977, rel. Min. Cunha Peixoto.

<sup>244</sup> STF, RE nº 172.720/RJ, j. 6.2.1996.

<sup>245</sup> Art. 5º, §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>246</sup> Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24.4.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992.

<sup>247</sup> Article 11. No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.

Logo se percebe que a expressão “dívida” foi abandonada pelo texto internacional, em favor da expressão “obrigação contratual”. Na tradução oficial do tratado para o inglês a expressão utilizada é equivalente: “contractual obligation”.

No entanto, falar em “obrigação contratual” pouco ou nada esclarece para este estudo. A expressão é de fato mais restrita que sua equivalente nacional, uma vez que “dívida” pode confundir o leitor e significar para alguns<sup>248</sup> – embora não concorde o autor – também uma obrigação imposta por lei ou por *ordem judicial*: há quem sustente que o réu pode ser considerado “devedor” de uma obrigação de fazer, por exemplo. A expressão “obrigação contratual”, assim, restringe-se às obrigações assumidas *voluntariamente* pelas partes, de modo que evidentemente estão *excluídas* da regra do art. 11 do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos as prisões decorrentes de descumprimento de *ordens judiciais*, de alimentos, de depósito infiel, de multas e custas, entre outras.

Mais evidente fica a exclusão destas situações da regra do art. 11 quando se analisam as razões das reservas apresentadas por quatro dos países signatários do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos.

O Reino Unido reservou-se ao direito de não aplicar o art. 11 em Jersey. Não houve, contudo, justificativa para a reserva, como costumam os países fazer<sup>249</sup>. Atualmente, contudo, desde a decisão do caso *Benest v Le Maistre*, julgado em 1988, entende a jurisprudência britânica que a ressalva não é mais necessária, já que está a cargo da discricionariedade do magistrado aplicar a prisão para estas hipóteses, no uso do poder de *contempt*<sup>250</sup>. Novamente aqui está a confirmação de

---

<sup>248</sup> TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e “execução indireta”: a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 28/1999, São Paulo : Malheiros, p. 175. Entende o autor que a Constituição não veda apenas dívidas pecuniárias, mas qualquer tipo de prisão civil. O argumento é o de que, quando a Constituição trata de prisão civil, o faz de forma geral e, na sequência, específica, quando trata das exceções: prisão do alimentante e do depositário infiel. Argumenta também que o caso do depositário infiel não é precisão por dívida pecuniária, mas esquece que a prisão do depositário, no texto legal, deixa de ter razão se o depositário paga o “equivalente em dinheiro” (art. 904 do Código de Processo Civil).

<sup>249</sup> Texto integral da reserva: “The Government of the United Kingdom reserve the right not to apply article 11 in Jersey”. Tradução livre: O governo do Reino Unido reserva-se no direito de não aplicar o art. 11 em Jersey”.

<sup>250</sup> Eis a íntegra da ementa da decisão: The United Kingdom ratified the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) on Jersey’s behalf on 20 May 1976. At the time of ratification, a derogation was entered for Jersey in respect of our rules permitting the arrest of a debtor for non-payment of a contractual claim. Since then, as a result of the Court of Appeal decision in the case of *Benest v Le Maistre* 1998 JLR 213 the Royal Court can be expected to exercise its discretion in relation to an application

que o *contempt of court* é inerente ao poder jurisdicional.

O representante de Bangladesh informou que, embora o art. 11 esteja genericamente em conformidade com as normas constitucionais e infraconstitucionais de seu país, “em circunstâncias muito especiais” a lei admite “a prisão civil em caso de descumprimento voluntário de uma ordem judicial”. E ressalva que vai aplicar o art. 11 de acordo com seu “direito municipal existente”<sup>251</sup>.

A República do Congo também apresentou reserva, afirmando não se considerar vinculada à regra do art. 11, por força das normas de seus códigos civil, comercial, administrativo e financeiro. A legislação, segundo o representante do Congo, admite que decisões ou ordens emanadas de procedimentos de conciliação sejam exigidas mediante a prisão civil “quando outros meios de coação tenham falhado, quando o valor exceda a 20.000 francos congolese, e quando o devedor, maior de 18 e menor de 60, se ponha na insolvência de má-fé”<sup>252</sup>.

---

for an *Acte à Peine de Prison*, having regard to the provisions of Article 11 of the ICCPR. It is considered that there is adequate protection to ensure that the United Kingdom will not be in breach of the International Covenant if the derogation is removed. Consequently, the derogation on behalf of Jersey in relation to Article 11 of the ICCPR is no longer required.

Texto obtido em <http://www.gov.je/StatesGreff/MinisterialDecision/ChiefMinister/2006/Imprisonment+for+debt.htm?printfriendly=true>, acesso em 4.7.2011. Tradução livre: O Reino Unido ratificou o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos para Jersey em 20 de maio de 1976. No momento da ratificação uma derrogação foi inscrita para Jersey, em relação às nossas regras que permitem a detenção de um devedor por não pagamento de uma obrigação contratual. Desde então, como resultado da decisão do Tribunal de Recurso, no caso de *Benest v Le Maistre* 1998 JLR 213 do Royal Court, pode-se exercer poder discricionário em relação a um pedido de prisão fundado no *Acte à Peine de Prison*, tendo em conta o disposto no artigo 11 do PIDCP. Considera-se que existe uma proteção adequada a fim de garantir que o Reino Unido não violará o Pacto Internacional se a derrogação for removida. Por conseguinte, a derrogação em nome da ilha de Jersey, em relação ao artigo 11 do PIDCP, já não é necessária.

<sup>251</sup> Article 11 providing that “no one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation,” is generally in conformity with the Constitutional and legal provisions in Bangladesh, except in some very exceptional circumstances, where the law provides for civil imprisonment in case of willful default in complying with a decree. The Government of People's Republic of Bangladesh will apply this article in accordance with its existing municipal law. Tradução livre: O art. 11, provendo que “Ninguém poderá ser preso com fundamento apenas na inabilidade de cumprir uma obrigação contratual”, está genericamente em conformidade com as provisões constitucionais e legais de Bangladesh, exceto em algumas circunstâncias muito excepcionais, quando a lei determina a prisão civil em caso de dolosa negativa em cumprir uma ordem judicial. O governo da República Popular de Bangladesh vai aplicar este artigo de acordo com a sua existente legislação municipal. Nota: na acepção jurídica, o substantivo “decree” significa “uma decisão judicial ou ordem”, conforme o Dicionário Eletrônico *Dictionary.com*: “a judicial decision or order”, segunda acepção.

<sup>252</sup> The Government of the People's Republic of Congo declares that it does not consider itself bound by the provisions of article 11 [...] Article 11 of the International Covenant on Civil and Political Rights is quite incompatible with articles 386 et seq. of the Congolese Code of Civil,

Antes que se alegue que apenas países pouco avançados política e economicamente opuseram reservas à proibição de prisão civil por obrigações contratuais do art. 11 do Pacto, o que absolutamente não é verdade, diante da reserva apresentada pelo Reino Unido, convém mencionar que contra esta reserva da República do Congo a Bélgica apresentou objeção.

Na objeção, contudo, deixou claro que não seria necessário ao Congo apresentar reserva ao art. 11, porque sua legislação, no que permite a prisão civil quando outros meios de coerção tenham falhado e quando esteja o devedor de má-fé, está de acordo com o “espírito do art. 11 do Pacto”.

Diz a objeção da Bélgica que “a esfera de aplicação do art. 11 é particularmente restrita”. Para o governo belga, que inclusive cita os trabalhos preparatórios para o tratado, “o art. 11 proíbe a prisão apenas quando não haja outra razão para a prisão que não a incapacidade de cumprir a obrigação contratual”. E esclarece: “a prisão não é incompatível com o art. 11 quando há outras razões para a impor esta pena, por exemplo quando o devedor, agindo de má-fé ou mediante manobras fraudulentas, tenha se auto-inabilitado para cumprir suas obrigações”<sup>253</sup>.

---

Commercial, Administrative and Financial Procedure, derived from Act 51/83 of 21 April 1983. Under those provisions, in matters of private law, decisions or orders emanating from conciliation proceedings may be enforced through imprisonment for debt when other means of enforcement have failed, when the amount due exceeds 20,000 CFA francs and when the debtor, between 18 and 60 years of age, makes himself insolvent in bad faith. Tradução livre: O Governo da República Popular do Congo declara que não se considera vinculado pelas provisões do art. 11 [...] O art. 11 da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é deveras incompatível com os arts. 386 e seguintes dos Códigos Civil, comercial, administrativo e de processo financeiro de Congo, derivado do Ato 51/83, de 21 de abril de 1983. Por estas provisões, em matéria de direito privado, decisões ou ordens emanando de procedimentos conciliatórios podem ser impostas através de prisão por débito ou quando outros meios de coação hajam falhado, quando o montante devido exceder a 20.000,00 francos congolezes e quando o devedor, entre 18 e 60 anos de idade, se tornar insolvente de má-fé.

<sup>253</sup> [The Belgian Government] wishes to observe that the sphere of application of article 11 is particularly restricted. In fact, article 11 prohibits imprisonment only when there is no reason for resorting to it other than the fact that the debtor is unable to fulfil a contractual obligation. Imprisonment is not incompatible with article 11 when there are other reasons for imposing this penalty, for example when the debtor, by acting in bad faith or through fraudulent manoeuvres, has placed himself in the position of being unable to fulfil his obligations. This interpretation of article 11 can be confirmed by reference to the travaux préparatoires (see document A/2929 of 1 July 1955). Tradução livre: [O governo belga] gostaria de observar que a esfera de aplicação do art. 11 é particularmente restrita. De fato, o art. 11 proíbe a prisão apenas quando não haja outra razão para a prisão que não a incapacidade de cumprir a obrigação contratual. A prisão não é incompatível com o art. 11 quando há outras razões para a impor esta pena, por exemplo quando o devedor, agindo de má-fé ou mediante manobras

Fica bastante claro, assim, que quando o Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 proíbe a prisão civil daquele que não puder “cumprir com uma obrigação contratual”, adota o mesmo entendimento, por exemplo, aqui adotado por Pontes de Miranda: a vedação constitucional da prisão civil por dívidas se refere exclusivamente à incapacidade para pagar uma obrigação pecuniária<sup>254</sup>, mas não outras espécies de obrigações, como as decorrentes de ordens judiciais, já que a expressão “dívida” deve ser entendida em sentido estrito<sup>255</sup>.

### **3.3.2. Pacto de São José da Costa Rica e a vedação da prisão civil: dívida é obrigação pecuniária**

Outro tratado internacional cujo tema englobou a prisão civil por dívidas foi o Pacto de São José da Costa Rica<sup>256</sup>, assinado em 1969, três anos depois do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos.

O Pacto de São José da Costa Rica, todavia, limitou seu âmbito de validade aos países do Continente Americano. Estes países, salvo algumas exceções na América do Norte, não têm tradição de *contempt of court*, tanto é que Estados Unidos da América e Canadá não assinaram o Pacto.

Para o art. 7º, 7, do Pacto, “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”<sup>257</sup>.

O único país a apresentar reservas a este dispositivo foi a Argentina. Para seu representante, o texto deve ser interpretado no sentido de que a proibição de prisão por dívidas não impeça o Estado de impor penas quando a pena “não se imponha por descumprimento da

---

fraudulentas, tenha se auto-inabilitado para cumprir suas obrigações. Esta interpretação do art. 11 pode ser confirmada em observância aos trabalhos preparatórios.

<sup>254</sup> “A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XII. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 326.

<sup>255</sup> Vide item 3.1, em que se cita Pontes de Miranda, para quem dívida, no texto da Constituição de 1967, está em “sentido estrito”, ou seja, o mesmo entendimento do representante belga.

<sup>256</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi ratificada pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo n. 27, de 26.05.1992, e promulgada por meio do Decreto n. 678, de 06.11.1992.

<sup>257</sup> Na outra lingual oficial do tratado: “No one shall be detained for debt. This principle shall not limit the orders of a competent judicial authority issued for nonfulfillment of duties of support”.

própria dívida, mas por um fato penalmente ilícito anterior e independente”<sup>258</sup>.

O interessante nesta ressalva é que a tradução inglesa do texto não fez menção a crime, mas sim a “ato prévio, independente, ilegal e punível”<sup>259</sup>, distinção do maior relevo para este estudo. É que, se trata o Pacto de prisão *civil*, não teria qualquer sentido à Argentina ressaltar que prisões decorrentes de condutas consideradas “*penalmente ilícitas*” devem ser admitidas, porque isso é óbvio. O texto faz menção à prisão civil; não à prisão penal. Faz mais sentido a ressalva na tradução para o inglês, porque “atos prévios, independentes, ilegais e puníveis” podem ainda assim ter origem meramente civil, o que justificaria a ressalva de que a prisão civil cabe ainda neste tema.

De qualquer forma, no texto do Pacto não fica claro que o termo “dívida” tem amplitude suficiente para englobar inclusive obrigações decorrentes de ordens judiciais. Na verdade, assim como no direito brasileiro, a ressalva de que as prestações alimentares não estão abrangidas pela proibição de prisão civil por dívidas leva a crer que o termo “dívida” só pode ser compreendido em sentido estrito, e referir-se a obrigações pecuniárias, porque as prestações alimentares, se não são quitadas em dinheiro, são sempre conversíveis em moeda. Em outras palavras, o texto só pode se referir a obrigações pecuniárias, porque a ressalva, que logicamente deve excepcionar a regra geral, compreende justamente uma obrigação pecuniária, a de pagar alimentos. Assim, o texto deve ser interpretado de modo a compreender que a prisão por obrigações pecuniárias está proibida, salvo quando esta obrigação pecuniária for de prestar alimentos. Esta parece ser a interpretação mais lógica e adequada.

Lise Nery Mota recorda o disposto nos arts. 22 e 30 do Pacto de São José. O primeiro deles admite restrições aos direitos de “circulação e de residência” “na medida indispensável” para proteger “os direitos e

---

<sup>258</sup> El artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la "detención por deudas" no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente.

<sup>259</sup> Article 7, paragraph 7, shall be interpreted to mean that the prohibition against "detention for debt" does not involve prohibiting the state from basing punishment on default of certain debts, when the punishment is not imposed for default itself but rather for a prior independent, illegal, punishable act.

liberdades das demais pessoas”<sup>260</sup>. O segundo admite que as restrições sejam impostas “por motivo de interesse geral”<sup>261</sup>. Para a autora, o objetivo da norma foi flexibilizar o direito de liberdade individual “quanto esta representar uma ameaça aos direitos fundamentais coletivos”<sup>262</sup>.

Não há dúvidas, assim, de que a norma do Pacto de São José da Costa Rica não encerra restrição tão grande quanto por vezes se pensa. Como toda norma de direito, deve ser observada em seu contexto social e dentro da lógica do razoável, o que fica ainda mais evidente diante da análise de normas semelhantes em outras convenções internacionais. É o que se vai ver a seguir.

### 3.3.3. Convenção Européia sobre Direitos Humanos

Para a Convenção Européia sobre Direitos Humanos, assinada em Roma, em 1950, “ninguém será privado de sua liberdade com fundamento apenas na inabilidade de cumprir uma obrigação contratual”<sup>263</sup>.

O texto aqui é bastante semelhante ao do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos assinado dezesseis anos depois, já referido acima: “Ninguém poderá ser preso com fundamento apenas na inabilidade de cumprir uma obrigação contratual”<sup>264</sup>. A diferença está apenas nas expressões “será privado de sua liberdade” e “poderá ser preso”, equivalentes.

No entanto, a Convenção Européia deixa de modo muito mais claro que obrigações decorrentes de ordens judiciais, da necessidade imposta pela saúde pública, ou da necessidade de preservar o respeito ao Poder Judiciário são cabíveis ainda que vedada a prisão por obrigações

---

<sup>260</sup> Art. 22. Direito de circulação e residência. 3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

<sup>261</sup> Art. 30. Alcance das restrições. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

<sup>262</sup> MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 174.

<sup>263</sup> Protocol 4, art. 1: No one shall be deprived of his liberty merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.

<sup>264</sup> Article 11. No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.



contratuais.

Diz o texto da Convenção Européia que ninguém deve ser privado de sua liberdade *salvo nos seguintes casos*, e de acordo com o procedimento prescrito na lei: prisões por *contempt of court*; prisões por descumprimento de ordem para garantir o cumprimento de uma obrigação prevista na lei; prisões para condução de pessoas perante autoridades legais quando cometidas ofensas ou quando na iminência de cometê-las; a prisão de menores com propósitos de supervisão educacional ou para conduzi-los à presença de autoridades; a prisão de pessoas para prevenir a contaminação de doenças infecciosas, ou de pessoas com doenças mentais ou viciadas em álcool ou drogas; a prisão para impedir imigração ilegal<sup>265</sup>.

Novamente se observa, portanto, que a prisão civil por descumprimento de ordens judiciais, de qualquer espécie, não é vedada pela Convenção Européia sobre Direitos Humanos. A prisão civil por *contempt of court* é, aliás, prevista claramente na Convenção como uma das hipóteses legais de os Estados-partes admitirem a prisão civil, já que a vedação deve ser compreendida em sentido estrito: somente em caso de incapacidade *financeira* para cumprimento de obrigações contratuais.

### 3.4. Conclusão do capítulo

O que fica claro pelo estudo das constituições brasileiras e do direito comparado é que a expressão “prisão civil por dívida” utilizada sem muita preocupação técnica pelo art. 5º, LXVII, da Constituição da República, significa tão-somente “prisão por obrigação contratual pecuniária”. Não é a situação de sujeito passivo de uma relação obrigacional qualquer que está imune à prisão civil, mas apenas e simplesmente a relação obrigacional advinda de um contrato cujo objeto possa ser convertido em dinheiro.

---

<sup>265</sup> No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court; b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law; c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed and offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so; d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority; e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants; f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

Se for necessário argumento de autoridade para confirmar a tese, pode-se lembrar que para Sérgio Cruz Arenhart “a alusão feita pela Constituição Federal, portanto, para ‘prisão civil por dívida’ parece pretender significar a impossibilidade de prisão civil que tenha origem em vínculo obrigacional”. Para o autor, “a menção a ‘dívida’, no texto constitucional, é empregada no sentido de débito, vinculada portanto a certo conteúdo obrigacional da prestação”. E conclui afirmando que “não se proíbe, assim, a prisão civil – usada como meio de coerção. O que é inviabilizada, pela Lei Maior, é a prisão que tem origem em dívida, ou seja, aquela estabelecida para cumprimento de liame obrigacional”<sup>266</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, outra voz de autoridade, argumenta que “a norma desejou proibir *uma determinada espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil*”. Para o autor, o que importa saber “é a espécie de prisão civil que foi vedada. Se não há como fugir da idéia de que foi proibida somente uma espécie de prisão civil, e não toda e qualquer prisão civil, a prisão proibida somente pode ser a prisão por ‘débito’”<sup>267</sup>.

Para não se estender nas citações, transcreva-se por último o idêntico posicionamento de Ada Pellegrini Grinover: “Cumpra-se notar que a previsão da prisão civil, coercitiva, não é proibida no ordenamento brasileiro”<sup>268</sup>. A Constituição, segundo a autora, “veda a prisão *por dívidas* (ressalvadas as hipóteses de devedor de alimentos e do depositário infiel)”, o que não foi também proibido pela Convenção Americana dos Direitos do homem, que em seu art. 7º afirma que ninguém pode ser preso por dívidas, exceto o devedor de alimentos.

A própria interpretação dada no plano internacional à vedação de prisão civil nos tratados internacionais estudados demonstra o acerto dos argumentos. Aliás, a própria redação mais precisa, por exemplo, da Convenção Européia sobre Direitos Humanos acaba com qualquer dúvida interpretativa.

Segue assim a pesquisa no próximo capítulo com a intenção de analisar as previsões (ou a falta de previsão) do direito brasileiro quanto ao descumprimento de ordens judiciais. Como o Brasil lida com a falta de efetividade de seu Judiciário? Será esta contribuição do direito

---

<sup>266</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela inibitória na vida privada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

<sup>267</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 230-231.

<sup>268</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p. 67.

estrangeiro importante para reerguer a soberania do Judiciário na pós-modernidade?



## CAPÍTULO 4 – COMO NOSSO DIREITO LIDA COM A FALTA DE EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS?

*Parece-te possível que subsista sem arruinar-se aquela cidade em que as sentenças proferidas nada podem, porque são despojadas de sua autoridade e destruídas pelos particulares? (Platão, Criton. 50b).*

Não há dúvidas: o direito está sempre em evolução. Enquanto evoluem as teorias, os paradigmas, as necessidades que movem as teorias; enquanto a vida por detrás dos institutos se transforma. Quando muda o fundamento do direito, muda o direito. Dizer, então, como se disse inicialmente, que o processo civil brasileiro vive uma fase em evolução não deixa de ser pleonástico. Nunca uma fase na evolução do direito será pronta e acabada; nunca haverá estanqueidade entre as fases da evolução. Convém, portanto, repetir: depois do momento teórico positivista, em que se primou pela harmonia lógica do sistema, passa-se a buscar o momento da efetividade, ou a fase *instrumentalista*, com aportes de teorias mais recentes e do paradigma da pós-modernidade.

O estudo da dogmática jurídica é importante para o objeto deste trabalho e evidenciará esta progressão. Tentará demonstrar que de fato as preocupações com a efetividade vêm alterando a codificação até então estanque e hermética em si mesma, mediante a utilização de instrumentos voltados à tutela específica e de conceitos propositadamente vagos<sup>269</sup>. A técnica de efetivação das decisões judiciais estudada neste trabalho, assim, poderá ser considerada inerente à necessidade instrumentalista e aos anseios por efetividade do processo

---

<sup>269</sup> A expressão “vagueza semântica”, que Judith Martins-Costa utiliza para se referir às expressões vagas da legislação, é assim definida: “não constitui uma imprecisão qualquer, uma imprecisão genericamente considerada. É uma *imprecisão de significado*, surgindo, então, a regra segundo a qual a noções de diversos significados necessariamente correspondem noções diversas de vagueza” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 308).

civil contemporâneo.

Para chegar a estas conclusões, neste capítulo serão examinadas as técnicas até então existentes na redação original do Código de Processo Civil e aquelas advindas das sucessivas reformas, tudo na intenção de identificar a postura do sistema brasileiro quanto à prisão civil pelo descumprimento de ordens judiciais.

Afinal de contas, é necessário responder à pergunta do capítulo: de que modo o direito brasileiro lida com a falta de efetividade das decisões judiciais? Como lidava antes da introdução da antecipação de tutela pelas reformas de 1994? Por que motivo há previsões específicas na legislação brasileira conferindo maior efetividade a determinados provimentos, como, por exemplo, o da reintegração de posse, do mandado de segurança e das locações? Não são todos os provimentos jurisdicionais que merecem igual efetividade?

E a execução das obrigações de fazer e não-fazer? Satisfaz-se com os mecanismos executivos previstos no Processo de Execução, como a execução por terceiro? Ou tal previsão, ainda que teoricamente perfeita, é inviável em tempos pós-modernos?

A mesma sorte de indagações acomete o estudo da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, prevista no art. 461 do Código de Processo Civil e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Mas serão suficientes os mecanismos lá previstos para efetivar a tutela? Qual o alcance da regra que confere ao juiz o poder de adotar as “medidas necessárias” à execução de sua ordem?

Não ficaria completo o capítulo sem o estudo dos projetos de alteração da legislação em vigor, tal como o Projeto de Lei nº 132/2004, que busca incluir expressamente o atentado à jurisdição no Código de Processo Civil, os projetos de códigos coletivos, e o anteprojeto de Código de Processo Civil, que, embora aparentemente preocupado, pouco labora em prol da efetividade.

#### **4.1. Inexistência de antecipação de tutela – poder geral de cautela – dificuldades**

Até a inclusão do instituto da antecipação de tutela (art. 273), o velho procedimento ordinário exigia que a parte aguardasse os longos anos de tramitação processual para obter o direito reclamado. Do ponto de vista estritamente técnico, a não ser na legislação esparsa, que admitia a concessão de liminares (mandado de segurança, ações possessórias, ação civil pública, despejo, entre outras), nada se poderia fazer para antecipar o resultado prático do processo, ainda que a razão

estivesse desde o início evidentemente ao lado do autor.

O sentimento de injustiça processual, é óbvio, não se conteve nestes limites estreitos da legislação codificada e teve de encontrar soluções. A inefetividade transformou, assim, o *poder geral de cautela* do juiz (art. 798 do Código de Processo Civil), “em autêntica ‘válvula de escape’ para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva”<sup>270</sup>.

Tivesse sido o art. 798 do Código de Processo Civil compreendido a partir da visão instrumentalista e pragmática que qualquer interpretação judicial deve conferir a um dispositivo legal<sup>271</sup>, caberia plenamente no seu conteúdo também a prisão civil por descumprimento das decisões cautelares<sup>272</sup>. Se pode o juiz “vedar a prática de determinados atos”, como diz o art. 798, em caso de prática do ato vedado, evidentemente é necessária uma sanção suficientemente forte para coibir o atentado à jurisdição. Nem todos os casos a exigirão, é certo; mas a prisão pelo descumprimento desde sempre deveria ter sido admitida (na verdade, sempre o foi, como se viu ao estudar o Código de Processo Civil de 1939).

A técnica da utilização da cautelar como antecipação de provimentos finais encontrada na prática forense continha todavia uma limitação fundamental e por vezes insolúvel: o processo cautelar é instrumental, ou seja, destina-se a resguardar o resultado útil do processo principal, a acautelar a parte de que o objeto da decisão ainda existirá ao final. Não se volta à antecipação dos efeitos da futura decisão; não *dá* o direito, mas *protege* o direito.

---

<sup>270</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 195. LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2 ed. Curitiba : Juruá, 2008, p. 28: “A necessidade de tutelar a urgência não apenas de forma assecuratória, mas também de maneira inominada, fez que a prática cotidiana aplicasse a via da ação cautelar para tais fins”.

<sup>271</sup> Outra discussão sociológico-jurídica que não cabe no corpo deste trabalho diz respeito à equivocada tendência da jurisprudência brasileira em pautar-se pela doutrina, quando é a doutrina quem deveria se pautar pela jurisprudência. O direito é feito nos tribunais, diante de casos concretos, de decisões reiteradas. Não é o escritor, preso em seu confortável escritório quem imaginará a melhor forma de pôr em prática uma decisão judicial ou de solucionar um conflito. São os advogados, os juízes, os promotores quem depuram com maior precisão o que é direito no caso concreto, porque o direito não é fórmula matemática, mas vida pulsante nas páginas dos processos e nas audiências judiciais.

<sup>272</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2 ed. Curitiba : Juruá, 2008, p. 97: “O poder geral de cautela conferido pelo Estado ao órgão jurisdicional para a atuação da jurisdição e repressão ao *contempt of court*, como lembra Silva (1998), é diferente das demais medidas cautelares existentes para o direito da parte. Isso porque uma coisa é o poder do Estado-juiz em defesa da jurisdição, poder este que também embasa a flexibilização das técnicas de urgência; outra é o direito de ação da parte, exercido através da técnica cautelar atípica”.

Ainda assim, antes da instituição da tutela específica da obrigação de fazer (art. 461), na prática as partes acabavam requerendo a antecipação dos provimentos em cautelares inominadas. E, na falta de outro veículo adequado, deferiam-se os pedidos, embora determinadas posturas, a pretexto de uma suposta harmonia (harmonia?) do sistema processual, acabassem negando o direito<sup>273</sup>. Imagine-se o caso de uma atividade poluente vir a ser exercida em prejuízo de um vizinho. Requeria-se uma medida cautelar inominada para, por exemplo, suspender o dano ambiental causado por determinada atividade. Evidentemente, a aguardar-se o resultado final da demanda, os prejuízos seriam imensos. O art. 798 do Código de Processo Civil, que contém o *poder geral de cautela*, era invocado para exigir a suspensão das atividades do poluidor<sup>274</sup>, nítida medida antecipatória.

Contudo, um provimento como este – intuitivamente lógico e necessário – esbarrava no entendimento de que a cautelar não poderia esgotar o objeto da ação principal. Se o autor pretendesse apenas a definitiva proibição da atividade poluente, dizia-se, não poderia se valer da cautelar para obter a suspensão da atividade, porque as tutelas cautelares “não deverão ter conteúdo igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo”<sup>275</sup>.

A concessão da liminar nas ações cautelares, por seu turno, encontra limites descabidos no próprio Código de Processo Civil. O deferimento de liminar sem audiência das partes só é admitido em “casos excepcionais, expressamente autorizados *por lei*”<sup>276</sup>, como se o Poder Legislativo pudesse prever *em lei* todas as hipóteses da complexa atividade forense em que haja tal necessidade, ou fosse ágil o suficiente para se adaptar diante de novas demandas e novos direitos (item 1.2.3).

---

<sup>273</sup> Como pode haver harmonia num sistema processual que, além de lento, é absurdamente ineficaz? Postular é fácil, instruir um processo nem tanto; executar, contudo, é um desafio no Código de Processo Civil.

<sup>274</sup> Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula o Capítulo II deste Livro; poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

<sup>275</sup> Um dos autores clássicos de Direito Processual Civil declara que “Não podem essas medidas [cautelares], portanto, assumir feição ‘satisfativa’, pois seu escopo não é mais do que ‘garantir’ a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional de mérito”. E prossegue no parágrafo seguinte: “[...] as medidas [cautelares] atípicas não deverão ter conteúdo igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo, que se discute na lide”. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36 ed. v. II. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 370.

<sup>276</sup> Art. 797 do Código de Processo Civil: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.



Outra hipótese autorizadora da liminar é aquela em que o réu, sendo citado, possa tornar ineficaz a medida<sup>277</sup>. A previsão, ainda que um pouco mais vaga, peca pela restrição imposta à concessão da liminar. Em outras situações de urgência, que não podem esperar a citação do réu, ainda que não haja indícios de que ele possa tornar ineficaz a medida, não caberia a liminar, pela redação do Código, o que pode em determinados casos ser muito injusto. Melhor seria deixar à prudência do magistrado a possibilidade de conceder a liminar, sem oitiva da parte contrária, sempre que a providência se mostrar necessária e razoável, a exemplo do que se prevê em outras situações<sup>278</sup>.

Por outro lado, as medidas cautelares específicas eram (e ainda são) redigidas de forma circunstanciada, impedindo que certas situações por vezes rotineiras da vida forense sejam perfeitamente abarcadas em seus “tipos”.

Exemplo disso está na disciplina do arresto e do sequestro. O primeiro tem lugar, segundo o código, em três hipóteses específicas e muito delimitadas: a) devedor *sem* domicílio certo tenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo; b) devedor *com* domicílio que cai em *insolvência*, se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente, ou que aliena seus bens; c) quando o devedor, que *possui bens* de raiz, intenta aliená-los sem manter bens suficientes (art. 813).

Diante da totalmente inadequada “tipicidade” imposta nesta cautelar específica, um devedor *com* domicílio certo que, *sem ser insolvente*, aliene seus bens, não será passível de arresto, porque a situação não se amolda às hipóteses autorizadoras do arresto. Ou, noutro exemplo, um devedor que aliene seus bens de raiz e mantenha apenas um, só será sujeito passivo do arresto se o credor comprovar que o bem que deixou não é suficiente... prova que, além de difícil, acabará realizada apenas quando os outros bens já estejam há muito alienados.

Justamente por isto até mesmo autores clássicos repudiam a

---

<sup>277</sup> Art. 804 do Código de Processo Civil: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”. Novamente aqui a técnica legislativa é imprópria, porque limita o poder geral de cautela a situações específicas que nem sempre correspondem à realidade da vida forense.

<sup>278</sup> Na Lei da Ação Civil Pública a previsão é bastante adequada: “Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”. Note-se que a lei não confere poder absoluto ao juiz, que ainda assim fica vinculado aos requisitos de qualquer liminar. A reapreciação pela instância superior é, evidentemente, sempre cabível, pela via do agravo de instrumento.

técnica legislativa adotada pelo Código de Processo Civil, lembrando que o código anterior disciplinava de forma muito mais adequada o instituto, por meio da técnica de tipos abertos: a solução adotada pelo Código, diz-se, “representa um retrocesso em tema de técnica legislativa. Esse critério já havia sido abolido pelo Código de 1939, com aplausos dos doutos”<sup>279</sup>.

Uma das medidas cautelares nominadas bastante efetiva é a busca e apreensão. E justamente por não estar circunscrita a situações específicas, mas ser providência cabível desde que “provado quanto baste o alegado”, após exposição das “razões justificativas da medida” (art. 840 e 841). Novamente aqui, no entanto, reincide o argumento segundo o qual a cautelar não pode esgotar o objeto da ação principal e a busca e apreensão acabava não sendo utilizada adequadamente.

Logo se vê que por conta de uma interpretação pouco preocupada com a efetividade das decisões judiciais – mas muito atenta à cega dogmática processual – instrumentos talhados para colocar em prática as ordens judiciais acabaram sendo relegados a segundo plano dentro do processo civil.

Tivesse a jurisprudência seguido caminho diverso, provavelmente não seria necessária sequer a modificação do art. 461 do Código de Processo Civil, a não ser com o objetivo de melhor sistematização. Bastaria que a parte invocasse o art. 798 e postulasse uma medida cautelar para resolver boa parte dos problemas processuais, tal como a história, desde os romanos, sempre permitiu aos magistrados. Em referência ao art. 798, Galeno Lacerda recorda, confirmando o que foi dito no item 1.1 deste trabalho: “estamos na presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*”<sup>280</sup>. Daí a conclusão de parágrafos atrás, segundo a qual o próprio art. 798 admitiria a prisão em caso de descumprimento das ordens judiciais.

Aliás, ainda hoje na Itália não há reconhecimento legislativo do instituto da antecipação da tutela, e lá a prática forense exigiu – é certo que ainda com alguma resistência – que o art. 700 do Código de Processo Civil italiano, equivalente ao nosso art. 798, passasse a ser o

---

<sup>279</sup> THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36 ed. v. II. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 435.

<sup>280</sup> LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. 1, 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, p. 135-136.

fundamento da tutela antecipada e da tutela inibitória<sup>281</sup>. O atual sistema brasileiro, é preciso reconhecer, é muito superior<sup>282</sup>.

Confirma-se, portanto, a tese exposta no item 1.2, quando se disse que a responsabilidade pela crise do Poder Judiciário também deve ser debitada ao próprio Poder Judiciário. Uma jurisprudência mais corajosa, não apenas brilhante no “declarar”<sup>283</sup>, mas também no “efetivar”, reconhecendo seu poder de *imperium*, teria dado a partir de 1973, de uma só vez, todos os passos que levaram mais de vinte anos para ser dados pelo legislativo.

De igual modo, confirma-se o argumento de que são absolutamente desnecessárias alterações legislativas para o reconhecimento de poderes inerentes ao exercício da jurisdição, como o poder de adotar as providências necessárias à efetivação das decisões judiciais, porque tudo sempre esteve contido no poder de império e, mais recentemente, no poder geral de cautela (que, afinal de contas, é decorrência do poder de império).

## 4.2. Previsões específicas na legislação

Em distintos momentos o Código de Processo Civil admite, desde sua redação original, outros provimentos voltados à imediata satisfação do direito tutelado.

Na manutenção e na reintegração de posse, por exemplo, o juiz pode conceder o mandado liminar sem ouvir o réu (art. 928), assim como no interdito proibitório (art. 932) e na nunciação de obra nova (art. 937). Neste último caso está expresso no Código que a proibição deverá ser cumprida “sob pena de desobediência”, o que vem sendo interpretado como prisão por crime de desobediência<sup>284</sup>. Evidentemente,

<sup>281</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 198 e 199.

<sup>282</sup> O jurista italiano Edoardo Ricci reconhece a superioridade do sistema brasileiro frente ao italiano. RICCI, Edoardo. *Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, vol. 7, p. 92.

<sup>283</sup> Ver item 1.3.1, especialmente a nota de rodapé 64.

<sup>284</sup> “O desrespeito ao embargo representa *crime de desobediência* para o construtor e operários intimados pelo Oficial de Justiça, e *atentado* para o réu”. THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. 34 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 156.

Alexandre de Paula também concorda que a menção feita no dispositivo é ao crime do art. 330 do Código Penal. PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. v. 4. 7 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 3.661.

Theotônio Negrão anota que para o STJ, se houver cominação de pena de multa, não incidirá o faltoso nas sanções criminais por desobediência. HC 37.279, rel. Min Gomes de Barros, j. 28.9.2004. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 38 ed. São Paulo : Saraiva, 2006,

a “pena de desobediência” é aplicável a todas as ações possessórias, quando contêm eficácia mandamental<sup>285</sup>.

Convém lembrar que estas ações estão dentre as mais antigas do direito civil, e remontam inclusive ao período formulário do direito romano. A “pena de desobediência”, portanto, nada mais é que “poder de *imperium*” e, assim, não deveria ser limitada pela jurisprudência como “crime de desobediência”, mas como qualquer medida necessária a tornar eficaz o provimento, tal qual o art. 461.

Na Lei do Mandado de Segurança, por sua vez, admite-se que o juiz “suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”<sup>286</sup>. Note-se aqui evidente antecipação de tutela. No entanto, nada estava previsto nas Leis nº 1.533/51 e 4.348/64, que tratavam das normas processuais do mandado de segurança, para a hipótese de descumprimento da ordem proferida, como se tal não fosse uma preocupação legítima. A atual Lei nº 12.016/2009, que trata do mandado de segurança, prevê para o caso de descumprimento da ordem as sanções do crime de desobediência e de crime de responsabilidade<sup>287</sup>.

Na falta de norma específica em relação a entes federativos que descumpram ordem em mandado de segurança, pode-se pensar na sujeição do ente a que pertence a autoridade coatora à intervenção federal. Pelos arts. 34 e 35 da Constituição da República, admite-se a intervenção “para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial”.

No entanto, a intervenção é medida extremamente ineficaz, custosa, lenta e inadequada, tanto é que necessita de outra decisão judicial, desta feita por tribunais de justiça ou tribunais superiores, que, em suas organizações internas, para dificultar mais ainda, exigem

p. 954. Em nossa visão, não há fundamento plausível para tal posição. Se a multa é cominada e ocorre, ainda assim, descumprimento, deve-se buscar novas medidas coercitivas compatíveis com a obrigação e com a resistência do descumpridor. Esgotadas as possibilidades de dobrar sua vontade através da multa, a prisão deve ser ponderada como meio hábil a obter o resultado prático equivalente.

<sup>285</sup> Para Pontes de Miranda a eficácia sentencial preponderante na ação de nunciação de obra nova é a mandamental, quando manda que pare a obra ou que não se inicie. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XIII. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 270.

<sup>286</sup> Art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51; art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009.

<sup>287</sup> Lei nº 12.016/2009: Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

normalmente decisões em composição plenária ou por órgãos especiais<sup>288</sup>.

A depender da categoria da autoridade coatora, outra “solução” jurídica para o descumprimento de ordens emanadas em mandados de segurança poderia ser a aplicação do Decreto-Lei nº 201/68, que trata dos crimes praticados por prefeitos<sup>289</sup>. No entanto, novamente aqui a inefetividade seria absurda. Prefeitos são submetidos a julgamento mediante o procedimento da Lei nº 8.038/90, que exige decisão colegiada do tribunal competente para recebimento da denúncia<sup>290</sup>, mas acaba permitindo a instrução por cartas de ordem, ou seja, pelo juiz de primeiro grau, distante dos magistrados que julgarão o caso<sup>291</sup>. Além disso, a tipificação da conduta como crime apenas *sancionaria*, mas muitas vezes não *obrigaria* à prática do ato. Tudo isso sem contar que o crime é de menor potencial ofensivo<sup>292</sup>.

Na Lei da Ação de Alimentos também é admitida a antecipação dos efeitos da sentença de procedência, porque pode o juiz fixar “desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor”<sup>293</sup>. Neste caso, embora evidente a irreversibilidade do provimento, não exige a lei caução, certamente porque, como requisito para a liminar, exige-se a prova do parentesco<sup>294</sup>.

Em caso de descumprimento da ordem judicial, admite-se, no curso da execução dos alimentos provisórios, a prisão civil do alimentante, pelo procedimento previsto no art. 733 do Código de Processo Civil. Esta hipótese não apresenta maiores dificuldades diante da expressa admissão da prisão do alimentante inadimplente na Constituição da República.

---

<sup>288</sup> Em Santa Catarina compete ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina o julgamento dos pedidos de intervenção estadual em municípios. No entanto, a jurisprudência é extremamente restritiva em relação à intervenção: “há que se atentar para o seu caráter excepcional, aceitável somente em situações de extrema gravidade, onde presente o comprometimento à ordem pública, sob pena de afronta ao princípio federativo”. Intervenção nº 97.005773-3, da Capital, rel. João Martins, j. 6.5.1998.

<sup>289</sup> Decreto-Lei nº 201/67. Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.

<sup>290</sup> Art. 6º da Lei nº 8.038/90. Aplicável aos tribunais de justiça por força da Lei nº 8.658/93.

<sup>291</sup> Art. 9º da Lei nº 8.038/90. Aplicável aos tribunais de justiça por força da Lei nº 8.658/93.

<sup>292</sup> O crime de “deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente” é punido com pena de detenção, de três meses a três anos.

<sup>293</sup> Art. 4º da Lei nº 5.478/68.

<sup>294</sup> Art. 2º da Lei nº 5.478/68.

A Lei de Locações (Lei nº 8.245/91) continha igualmente, já antes das alterações no art. 273 do Código de Processo Civil, a previsão de antecipação do provimento final. Para o art. 59 da Lei de Locações, cabe liminar de despejo, “desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel”, quando a ação tiver por fundamento o descumprimento de prazo mutuamente acordado para desocupação, a rescisão de contrato de trabalho vinculado ao aluguel, o término da locação de temporada, a morte do locatário sem sucessor, a permanência de sublocatário quando extinta a locação. Em casos de falta de pagamento, a ação de despejo a princípio não admite liminar (art. 62).

Interessa notar que, diferentemente de outros estatutos, a Lei de Locações – uma lei que protege o *patrimônio* – prevê claramente as regras para caso de descumprimento da ordem de despejo: “Findo o prazo assinado para a desocupação, contado da data da notificação, será efetuado o despejo, se necessário com emprego de força, inclusive arrombamento” (art. 65). A expressão “força” remete à antiga denominação da Polícia Militar: Força Pública. Aqui não seria necessária a prisão para coibir o descumprimento da ordem judicial, porque a ordem se exauriria com o simples despejo do vencido, tarefa que se realizaria num ato só, com a presença da polícia.

Já o art. 885 do Código de Processo Civil e o art. 22, IX, da Lei de Inelegibilidades prevêm *expressamente* a possibilidade de prisão civil por desobediência a ordens judiciais.

O primeiro dispositivo prevê o seguinte: “O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonogado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a *prisão* de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução”.

Nesta hipótese prevista no art. 885 do Código de Processo Civil, se aquele que tomou um título para aceite ou pagamento desobedecer a ordem judicial para devolução, o juiz civil pode decretar-lhe a prisão para que, assim compelido, devolva-o.

A prisão neste caso é eminentemente civil e teve declarada a sua constitucionalidade, frente à redação do art. 153, §17, da Constituição da República de 1967<sup>295</sup>, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>296</sup> e pela Seção

<sup>295</sup> “Não haverá prisão civil por dívida, *multa ou custas*, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

<sup>296</sup> HC nº 52.613, rel. Djaci Falcão, j. 24.9.1974, RT 481/417: “Prisão do sonegador de duplicata enviada para aceite. Sua legalidade. Habeas corpus indeferido”. Cita-se o entendimento de Pontes de Miranda, já transcrito neste trabalho.

Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>297</sup>. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no entanto, tem precedente em sentido contrário, entendendo que se não há norma declarando tratar-se de depósito, não pode haver prisão civil<sup>298</sup>. A doutrina é dividida<sup>299</sup>.

Na Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/90), editada na vigência da Constituição da República de 1988, está previsto que no caso de o juiz determinar a exibição de documentos, “se o terceiro, sem justa causa, não exibir o documento, ou não comparecer a juízo, o juiz poderá expedir contra ele mandado de prisão e instaurar processo por crime de desobediência”.

Neste caso, o mandado de prisão é expedido pelo juiz eleitoral em funções civis, já que o dispositivo está previsto na parte procedimental das representações contra candidato, e não na esfera criminal de atuação do juiz eleitoral. E o fato de admitir também a ordem para instauração de processo por crime de desobediência não afasta a conclusão de que está diante de prisão civil, porque é evidente que são duas as providências admitidas: a prisão civil e a instauração de processo por crime de desobediência. A primeira providência é coercitiva; a segunda, sancionatória.

Joel Dias Figueira Júnior recorda que estas duas hipóteses, somadas à prisão do falido na revogada Lei de Falências (art. 35) são hipóteses que confirmavam a regra geral de que é cabível a “prisão por

---

<sup>297</sup> RT 399/98. Ementa: Prisão civil. Adquirente de mercadoria, que recebe duplicata para aceite, ou pagamento, mas não a devolve nem resgata. Ação proposta pelo vendedor, para recuperação do título, nos termos do art. 732 do Código de Processo Civil, julgada procedente, com a condenação do réu a restituí-lo, decretada, ainda sua prisão pelo prazo de três meses, com fundamento no citado dispositivo legal, e, mais, no art. 31, parágrafo único, da Lei nº 187, de 1936. *Habeas corpus* impetrado, a fim de fazer-se cessar o constrangimento resultante da prisão efetuada. Sua concessão. [...] *A prisão civil, sob esse fundamento, de quem, sendo possuidor ou retentor de coisa alheia, deva pela mesma responder, como o depositário, pela sua restituição, não ofende a Constituição do Brasil de 1967, art. 150, §17.* Entretanto, a prisão em tais circunstâncias não pode subsistir além do prazo legal, fixado no Código de Processo Penal, para o ajuizamento da ação penal contra o autor da apropriação indébita da coisa alheia móvel, de que tinha a posse ou a detenção”.

<sup>298</sup> TJSC, JC 11/79, j. 7.5.1976. Ementa: Prisão civil. Duplicata. Falta de devolução. Pedido de prisão contra o retentor do título, fundado no parágrafo único do art. 732 do CPC, de 1939. Carência de ação por falta de norma de direito material que tipifique essa conduta como de depositário, não ensejando, assim, a aplicação da norma processual, tendo em vista a exegese restritiva que emana do art. 141, § 32, da Constituição Federal de 1946. Carência de ação. Reforma da sentença. Apelação Cível nº 10.631, de São Francisco do Sul, rel. Ivo Sell.

<sup>299</sup> Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva e Moura Rocha são favoráveis à constitucionalidade da prisão do art. 885. Humberto Theodoro Júnior, Sérgio Sáhione Fadel e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira são contrários, conforme apanhado de MARINS, Victor Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 12. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 386 e 387.

descumprimento de ordem judicial oriunda de juiz cível ou trabalhista”<sup>300</sup>.

O que fica claro do estudo das hipóteses pontuais na redação original do Código de Processo Civil e na legislação extravagante é, num primeiro momento, a despreocupação com a efetivação das decisões judiciais. Salvo no caso de título de crédito sonogado, no interdito proibitório, no despejo e na Lei de Inelegibilidades, em nenhum outro ponto havia previsão sobre o modo de proceder em caso de descumprimento dos provimentos, como se na prática não fosse comum a ocorrência.

Para a omissão legislativa, evidenciam-se duas possíveis explicações. Ou o sistema encontrava-se absurdamente ilógico e falto de harmonia, ou os mecanismos de execução da ordem podiam ser encontrados nas normas gerais aplicáveis à espécie, o que se confirmaria pela previsão expressa em pelo menos dois dispositivos legais (art. 885 do Código de Processo Civil e art. 22, IX, da LC nº 64/90).

Adota-se aqui o entendimento de que a segunda conclusão é a única cabível e adequada. Não é possível aceitar certas posturas interpretativas que se contentam com a ineficácia do direito, num *comodismo intelectual* absurdo<sup>301</sup>. É lição já antiga de direito que na omissão da lei “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”<sup>302</sup>. E isso tudo para que possa cumprir sua *obrigação* de distribuir *justiça*. Em sendo assim, quando a realidade exigir uma determinada postura do Poder Judiciário, ainda que não prevista em lei, mas possível de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, dentre eles o princípio da proporcionalidade e da eficiência, já referidos, esta postura deverá ser

---

<sup>300</sup> FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 87.

<sup>301</sup> Exemplo desse contentamento com a ineficácia pode ser encontrado no estudo da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95). Há quem entenda que a transação penal homologada pelo juiz de direito, em que a parte se obrigue, por exemplo, à prestação de serviços comunitários, não pode ser executada. Sugere-se a retomada do processo, com o oferecimento da denúncia. Na prática, o sujeito que aceitasse a transação penal acabaria nunca punido, porque depois de comprovado o descumprimento restaria tão-somente um novo processo judicial, já destinado à prescrição. Não haveria, assim, qualquer solução razoável para o caso. Entendimento que não se contente com tamanha ineficácia poderia simplesmente entender, como aliás faz parcela considerável da doutrina, que a transação penal pode ser executada como se executa qualquer pena: intimação para cumprimento e, em caso de inércia, regressão de regime, tudo conforme art. 44 do Código Penal. O exemplo, embora da área criminal, revela o *comodismo intelectual* que por vezes permeia a interpretação do direito brasileiro.

<sup>302</sup> Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei nº 4.657/42.



adotada. A prisão por descumprimento de ordens judiciais é uma dessas posturas. Recorde-se que o costume sempre foi, desde a Roma Antiga, o de permitir ao juiz a adoção de todas as medidas necessárias a fazer cumprir sua ordem.

#### **4.3. Reformas do Código de Processo Civil: a busca pela efetividade**

Em 1994 o Direito Processual brasileiro sofreu profundas alterações. Um passo a mais foi dado na busca da realização do princípio da efetividade das decisões judiciais com as reformas introduzidas sucessivamente, que incluíram institutos como a tutela antecipada e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no Código de Processo Civil, além de alterações no processo executivo e na parte geral do Código de Processo Civil.

A inclusão do inovador instituto da tutela antecipada, no art. 273 do Código de Processo Civil, foi o primeiro e talvez mais largo destes passos. Atendeu aos anseios de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, causando intensos debates, principalmente à vista do direito ao contraditório. Mas, conseguiu, ainda que incompletamente, tornar um pouco mais efetiva a tutela jurisdicional, como são exemplos atuais as ações para obtenção de medicamentos, que muitas vezes conseguem obter o resultado útil em pouco menos de um mês.

Na mesma reforma alterou-se substancialmente a disciplina da tutela processual dos direitos, esclarecendo os poderes do juiz relativamente à tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, o que já era previsto no Código de Defesa do Consumidor de quatro anos antes. A preocupação com a efetividade é perceptível nas reformas.

Nesta seção será analisada a reforma e a tentativa de reforma do art. 14 do Código de Processo Civil, que trata dos atos atentatórios ao exercício da jurisdição e que tentou incluir o *contempt of court* expressamente no Código de Processo Civil, sem sucesso.

##### **4.3.1. Tutela antecipada – art. 273**

Pela redação dada inicialmente, o art. 273 continha cinco parágrafos e permitia a antecipação “dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”. No entanto, conforme ordenava o §3º do art. 273, a execução da tutela antecipada deveria observar os incisos II e III do art. 588 do Código de Processo Civil, ou seja, acabava na ineficiente execução provisória prevista no Processo de Execução.

A execução da tutela antecipada, assim, não permitia atos de alienação de domínio e tampouco o levantamento de dinheiro obtido por algum outro modo sem caução idônea<sup>303</sup>.

A vítima de um atropelamento que, na pendência da ação de indenização, necessitasse antecipar parte do provimento final para obter medicamentos, por exemplo, encontrava óbice na impossibilidade de levantamento de dinheiro sem caução e na impossibilidade de alienação de bens em leilão. A reparação imediata de um grave dano ambiental, do mesmo modo, teria de esperar pela distante confirmação da sentença nos tribunais.

A nova redação do §3º do art. 273 corrigiu o defeito e determinou que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A”.

O art. 461 regula a tutela das obrigações de fazer e não fazer, ao passo que o art. 461-A regula a tutela das obrigações de dar. O modo de efetivar a tutela antecipada prevista no art. 273 do Código de Processo Civil e a prevista no art. 461 e 461-A, portanto, é idêntico, motivo pelo qual serão os dispositivos examinados conjuntamente nos próximos itens.

#### **4.3.2. Tutela específica da obrigação de fazer e de não fazer – art. 461 e art. 84 do CDC**

Ao contrário da tradição herdada do direito francês, que diante do descumprimento da obrigação de fazer sempre a convertia em perdas e danos<sup>304</sup>, o art. 461 do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor romperam preconceitos e admitiram que a sentença pudesse dobrar a vontade do devedor, mesmo em obrigações infungíveis.

Pelo art. 461 do Código de Processo Civil, que trata da tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer *individual*, ou seja, em processo civil tradicional, o juiz deverá determinar providências que

<sup>303</sup> Art. 588. A execução provisória far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: [...] II – não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

<sup>304</sup> O art. 389 do Código Civil ainda hoje declara que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”. Mas, por sua vez, o art. 403 contém a regra de que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

asseguem o *resultado prático* equivalente ao do adimplemento. A conversão em perdas e danos assume caráter excepcional, uma vez que “a obrigação *somente* se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se *impossível* a tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente” (art. 461, §1º).

Para a tutela específica *coletiva*, ou seja, em processo civil que verse sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com redação muito semelhante, aplica-se o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que é aplicável não apenas às relações de consumo, mas a todos os direitos coletivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)<sup>305</sup>.

Em ambas as hipóteses, conferem-se poderes genéricos ao magistrado para fazer sua sentença ou sua decisão interlocutória (liminar) eficaz *na prática*, prerrogativa que em alusão ao poder geral de cautela já foi chamada de *poder geral de efetivação*<sup>306</sup>. A expressão “determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do resultado”, presente no *caput* do art. 461 e do art. 84 demonstra que *tudo* o que for *necessário* e *adequado* pode ser objeto desta providência judicial.

E, como se não bastasse o *caput*, o §5º do art. 461 e do art. 84 esclarece que o juiz poderá determinar as medidas necessárias, “*tais como* a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. A criatividade das partes e do juiz, de um lado, e a proporcionalidade da medida (item 2.2), de outro, são assim os limites para a escolha de medidas para efetivação da tutela específica, já que a relação é meramente exemplificativa<sup>307</sup>.

Justamente neste ponto insere-se a prisão civil por desobediência. É possível – e infelizmente não incomum – que nem mesmo a ameaça de multa dissuada o réu de um fazer nocivo ou o convença a fazer algo

<sup>305</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

<sup>306</sup> MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 188.

<sup>307</sup> Asdrúbal Franco Nascimbeni, embora tenha redigido excelente monografia sobre o tema, conclui sem coragem e equivocadamente, ser necessária “a indicação de outros meios alternativos de restrição de direitos” no art. 461. O equívoco é evidente, porque, pela redação do dispositivo, quaisquer medidas necessárias são admitidas, sendo totalmente desnecessária a ampliação do rol pela alteração legislativa. NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba : Juruá, 2006. p. 257.

determinado na sentença. A multa, que só poderá ser cobrada posteriormente<sup>308</sup> e, ainda assim, vem sendo rotineiramente diminuída pela jurisprudência<sup>309</sup>, no mais das vezes não chega a amedrontar. Restam, portanto, outras alternativas que efetivamente entreguem prestação equivalente ao adimplemento. E estas alternativas jamais poderão ficar restritas às hipóteses legais, porque a dinâmica da vida exige da criatividade humana sempre providências novas.

No caso de fábrica que, por exemplo, não se importe com a aplicação da multa cominada para o caso de continuar exercendo atividade nociva, deverá o magistrado determinar as providências necessárias à obtenção do direito. Poderá, para tanto, requisitar força policial para impedir que os insumos cheguem ao pátio da empresa ou, em outro exemplo, determinar à concessionária que suspenda o fornecimento de energia elétrica ou de água. A proibição de fornecimento de água ou energia não está prevista no §5º do art. 461, mas pode se mostrar, no caso concreto, a solução adequada e necessária à obtenção da tutela específica.

Exemplo até então clássico de conversão em perdas e danos era o do ator que se recusava a encenar uma peça para a qual tinha sido contratado por determinado teatro. Consta, no entanto, que um magistrado inglês, para conceder a tutela específica, proibiu o ator de atuar em *todos* os outros teatros de Londres, até que cumprisse adequadamente sua obrigação contratual no teatro contratado. Se algum outro teatro descumprisse a ordem, incidiria no *contempt of court*. O ator, premido, cumpriu o contrato com perfeição. A solução, não há dúvidas, foi a mais adequada. E, ainda que a proibição dirigida a terceiros não esteja prevista no §5º do art. 461, em determinados casos,

---

<sup>308</sup> “Seja a multa fixada em sentença ou em decisão interlocutória, a sua execução fundar-se-á em título judicial – limitando-se os embargos às matérias do art. 741”, ou seja, dependerá de posterior processo executivo. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 256.

<sup>309</sup> O art. 461, §6º, do Código de Processo Civil admite a revisão do valor e da periodicidade da multa, “caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”, o que vem sendo mal interpretado pela jurisprudência. Se o réu não cumpriu a ordem judicial que cominava multa pelo descumprimento, não é o simples fato de reformar-se a decisão que autorizará a redução. Houve descumprimento, e esse descumprimento deve ser punido, porque “decisão judicial se cumpre”, como diz até mesmo o dito popular. Somente quando desde o início já se revelava excessiva é que pode ser alterada. Não depois, quando o descumpridor contumaz posar como um “coitado” para o juiz... Eduardo Talamini ensina que “não há base legal para o juiz, retroativamente, vir a eximir total ou parcialmente o réu de multa que incidiu de forma válida (à diferença do que se dá, por exemplo, no direito argentino e, com a *astreinte provisoire*, no direito francês). A multa só é revisável *ex tunc* se tiver havido defeito em sua fixação. Afasta-se a simples remissão pelo juiz”. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 248-249.

como o do exemplo, pode ser a única solução adequada e necessária a obter o adimplemento, com fundamento no art. 14 do Código de Processo Civil.

Em alguns casos específicos, no entanto, a única forma de tornar eficaz a ordem para não fazer ou para fazer será a prisão do descumpridor. Se no exemplo inglês o ator, ainda assim se recusasse a cumprir a ordem judicial, sua vontade de algum modo teria que se dobrar à soberania do Poder Judiciário. Não seria admissível que o magistrado, considerando exequível a obrigação, pudesse ser desrespeitado no exercício legítimo de seu poder. Uma ordem para cumprimento sob pena de prisão por 90 dias, por exemplo, dobraria até mesmo os mais recalcitrantes e no mais das vezes nem mesmo chegaria a ser executada, já que a legítima ameaça seria suficiente.

Um vizinho que mantenha prédio desabitado e sem manutenção, ocasionando vazamentos que prejudiquem o proprietário do andar de baixo, por sua vez, poderia igualmente não se dobrar à, por vezes, remota possibilidade de aplicação da multa. E, pior, diante da inexistência de patrimônio ou outros bens, a não ser aquele, impenhorável por ser único da família, nem multas altas o abalariam. De nada adiantariam outras medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica, já que o prédio está desabitado. Fazer o prejudicado ou o município executar as obras às custas do devedor, como no infeliz procedimento da execução das obrigações de fazer (art. 632 e 633)<sup>310</sup>, apenas transferiria um ônus que é do proprietário para seu vizinho. A menos que outra solução mais criativa possa ser apontada, a prisão do descumpridor da ordem judicial também seria indispensável ao cumprimento da obrigação específica neste caso.

A prisão, como se viu, não é vedada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição da República, nem pelo Pacto de São José da Costa Rica, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou pela Convenção Européia de Direitos Humanos. É largamente utilizada em países francamente adiantados, como o Canadá, a Inglaterra e a Alemanha. Aliás, na Alemanha, país de constitucionalismo fortíssimo, as medidas de prisão por descumprimento de ordens judiciais são previstas expressamente no próprio código de processo civil, como já se viu no item 3.2.1.

---

<sup>310</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão civil como meio coercitivo*. In: [http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A\\_PRISAO\\_CIVIL\\_COMO\\_MEIO\\_COERCITIVO](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A_PRISAO_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO), acesso em 11.8.2011. O autor afirma ser “praticamente inviável” a utilização do rito dos arts. 634 e seguintes do Código de Processo Civil, que tratam da execução por sub-rogação.

A negativa de admissão da prisão, por outro lado, equivaleria a negar soberania ao Poder Judiciário e, em última consequência, a excluir determinadas lesões ou ameaças de lesões de direitos da apreciação judicial, o que nem mesmo por lei se pode fazer (art. 5º, XXXV, da Constituição da República)<sup>311</sup>. Não se pode esquecer que muitas vezes a simples conversão em perdas e danos já configura uma lesão ao direito da parte, que pretendia ver cumprida a obrigação específica a que tinha direito. Impedir a tutela específica de alguma obrigação é, assim, deixar de apreciar uma lesão a direito, em desrespeito à Constituição.

A escolha do modo executivo, portanto, pode e deve passar por todos estes níveis de gravidade, da multa à prisão. “Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente”, argumenta Luiz Guilherme Marinoni. E prossegue: “Se o processo é, de fato, instrumento para realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando estão em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a Constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão civil por dívida”<sup>312</sup>.

Além de Luiz Guilherme Marinoni, já repetidas vezes citado neste estudo, diversos outros autores admitem a prisão civil como modo de constranger o devedor ao cumprimento de ordem judicial.

Na Revista Dialética de Direito Processual, Paulo Afonso de Souza Sant’Anna, mestrando em direito processual, defende que o §5º do art. 461 admite a prisão como meio idôneo à obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento. Em sua opinião, o dispositivo

---

<sup>311</sup> Sérgio Cruz Arenhart entende que a prisão civil, nestes casos, “encontra apoio na regra do art. 5º, XXXV, da CF, no que toca à garantia de um provimento jurisdicional útil. Isso porque, em tese, pode haver situações em que a única forma de se obter provimento jurisdicional capaz de ser eficaz no caso concreto será contando com a colaboração do réu (sujeito a uma ordem judicial); e, também, não é difícil imaginar hipóteses (especialmente em sede de tutela inibitória) em que a imposição de *astreintes* ou de outra medida de apoio, que não a prisão civil, seja totalmente inadequada para garantir o cumprimento da determinação”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 394-395.

Marcelo Lima Guerra admite que “o uso da *prisão civil* é capaz de *favorecer a realização de outros direitos fundamentais*”. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e proteção ao credor na execução civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 134-137.

<sup>312</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 87-88.

guarda semelhança com o *civil contempt of court*<sup>313</sup>.

Outra autora de trabalho sobre o tema, é Lise Nery Mota, aluna de Fredie Didier Jr. A estudiosa conclui o livro *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais* declarando que na expressão “medidas necessárias” do art. 461, §5º, adotou-se o *poder geral de efetivação*. Dentre estes meios, poderá o magistrado se valer “de medidas típicas e atípicas, decidindo pela técnica que considerar mais adequada para o caso concreto, podendo lançar mão, inclusive, da prisão civil”<sup>314</sup>.

Pontes de Miranda, já citado anteriormente, também entende que “a prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam de *dívidas* no sentido estrito (*e.g.*, depósito, comodato, fidúcia real), nem de *multas* ou de custas”<sup>315</sup>.

Por fim, Ada Pellegrini Grinover concorda que “a previsão da prisão civil, coercitiva, não é proibida no ordenamento brasileiro, cuja Constituição veda a prisão *por dívidas* (ressalvadas as hipóteses de devedor de alimentos e do depositário infiel), nem pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, cujo art. 7º afirma que ninguém pode ser preso por dívidas, exceto o devedor de alimentos”<sup>316</sup>.

Sob outro fundamento, alguns outros autores brasileiros admitem a prisão civil do desobediente. Consideram a conduta *ato atentatório ao exercício da jurisdição* e, com base no art. 14 do Código de Processo Civil, entendem cabíveis sanções genéricas para o caso de *contempt of court*. É o que se verá no próximo item.

### 4.3.3. Atos atentatórios ao exercício da jurisdição – art. 14 e parágrafo vetado

Na redação original, o art. 14 do Código de Processo Civil tratava

---

<sup>313</sup> SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. *Prisão como meio coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 38, maio de 2006, p. 107: “Em síntese, acreditamos que o nosso sistema jurídico, através do §5º do art. 461 do CPC, prevê hipótese semelhante de civil contempt of court, já que permite a prisão como meio processual para o caso de descumprimento de provimento judicial”.

<sup>314</sup> MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 188.

<sup>315</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XII. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 326.

<sup>316</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court*. Revista de Processo, nº 102, ano 26, abr./jun. de 2001, p. 225.

laconicamente dos deveres das partes e dos procuradores. Registrava o art. 14 que competia às partes e a seus procuradores expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não formular pretensões destituídas de fundamento e não produzir provas nem praticar atos inúteis.

Entretanto, ao contrário do que se poderia esperar, mas confirmando a tônica do processo civil brasileiro evidenciada nesta pesquisa, não constava no rol de deveres das partes e de seus procuradores a obrigação de *cumprir* os provimentos judiciais. Salvo algumas poucas exceções, como o já visto art. 938 e o art. 885 do Código de Processo Civil, a desobediência às ordens judiciais, algo naturalmente comum e previsível, era fenômeno simplesmente ignorado pela codificação processual, como se o cumprimento dos provimentos não fosse preocupação legítima<sup>317</sup>.

Com a reforma ocorrida somente em 2001, a inclusão de um inciso no art. 14 tornou clara a obrigação de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. E no parágrafo único cominou, como sanção, a possibilidade de aplicação de “multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

Duas críticas podem ser formuladas de início. Em primeiro lugar, não é recomendável que num dispositivo da parte geral do Código, e, portanto, aplicável a todos os procedimentos, inclusive os especiais, restrinja-se a obrigação de “cumprir com exatidão” a apenas “provimentos mandamentais”. Também os provimentos condenatórios e executivos são dignos de cumprimento “com exatidão”, de modo que a especificação no texto legal apenas confunde e dá azo a discussões.

Por outro lado, a obrigação de “não criar embaraços à efetivação

---

<sup>317</sup> Muitas vezes o direito brasileiro parece esquecer de uma característica básica da norma jurídica: a coercibilidade. Fica assim capenga a norma jurídica, que, se inobservada, não gera qualquer consequência para o descumpridor. O Direito Eleitoral é recheado destas normas não coercitivas. Exemplo é o art. 39, §6º, da Lei nº 9.504/97, que proíbe a distribuição de brindes e qualquer espécie de vantagem aos eleitores. A norma proíbe, é imperativa, mas não prevê sanção específica para seu descumprimento: não é coercitiva. “Assim, ao contrário das demais normas sociais, a jurídica se caracteriza pela *coercibilidade*: se inobservada, a sanção é imposta pelo Estado (direito estatal) ou por uma organização internacional (direito internacional). Se assim não fosse, não teria sentido e nem eficácia a bilateralidade do direito”. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 83.



de provimentos judiciais”, da forma como está redigida, poderia permitir supor que o simples *descumprimento* de provimentos judiciais que não sejam mandamentais (porque os mandamentais estão previstos na primeira parte), não permitiria a aplicação da multa.

Pela redação do dispositivo, poderá haver quem entenda que o inciso institui duas regras: a) deve-se “cumprir com exatidão” os provimentos *mandamentais*; b) não se deve “criar embaraços” à efetivação de provimentos judiciais de natureza *antecipatória ou final*. Ou, dito de outro modo, *a contrario sensu* seria permitido criar embaraços à execução dos provimentos *mandamentais*, assim como se poderia deixar de cumprir com exatidão os provimentos de natureza *antecipatória ou final*.

A conclusão é absurda e, efetivamente, jamais poderá ser adotada pelos tribunais, ainda que já disponha de defensores<sup>318</sup>. No entanto, diante de cada vez mais frequentes lesões à lógica jurídica fundamental, pode-se temer pelo pior. Melhor seria ter-se consignado no dispositivo a obrigação de “cumprir com exatidão quaisquer decisões ou ordens judiciais de qualquer natureza”<sup>319</sup>. Melhor mesmo seria não haver previsão legislativa alguma, mas uma prática jurisprudencial efetiva...

A segunda crítica ao dispositivo reside na obrigação de “sempre” inscrever a multa em dívida ativa da União e dos Estados. Qualquer um que tenha prática forense mínima sabe que as procuradorias se limitam a determinados valores na execução das dívidas ativas inscritas. Na União, o piso para execução é de R\$ 10.000,00<sup>320</sup>. Como a multa não

---

<sup>318</sup> Alexandre Freitas Câmara entende que, por exemplo, que em casos de sentenças condenatórias de pagamento em dinheiro, não caberá ao demandado o dever de cumpri-la com exatidão! “Basta pensar, assim, em uma sentença que condena o demandado a pagar dinheiro ao demandante. Tal sentença não tem, obviamente, natureza mandamental, sendo uma condenação comum (ou executiva). Não tem, pois, o demandado o dever de, *ex art.* 14, V, do CPC, cumpri-la com exatidão, pagando o valor devido. Tem, porém, o dever de não criar embaraços à sua efetivação”. Note-se o absurdo da afirmação: o demandado não tem obrigação de cumprir uma ordem judicial! É incrível como se possa chegar, ainda hoje, neste tipo de raciocínio... CÂMARA, Alexandre Freitas. *O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa*. Revista Dialética de Direito Processual, n° 18, set/2004, p.15.

<sup>319</sup> Concorda-se aqui com Fredie Didier Jr.: “a essência do dispositivo normativo comentado está no desrespeito aos comandos judiciais (*contempt of court*), seja qual for o seu conteúdo”. Ou seja, para o professor baiano, aplica-se a sanção do art. 14 qualquer que seja a natureza do provimento judicial, evidenciando que a distinção legislativa é equivocada. JORGE, Flávio Cheim; DIDIER Jr., Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p.5.

<sup>320</sup> “O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o parágrafo único, inciso II, do art. 87 da Constituição da República Federativa do Brasil, e tendo em vista o disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, e no parágrafo único do art. 65 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, resolve: Art. 1º Autorizar: I - a não inscrição, como Dívida Ativa da União, de débitos com a Fazenda Nacional de valor

pode ultrapassar 20% sobre o valor da causa, pode-se facilmente perceber que, na prática, em causas federais de valor inferior a R\$ 50.000,00 não haverá sanção alguma para o caso de descumprimento ou embaraço à execução de provimentos judiciais, simplesmente porque a dívida ativa não será cobrada!

Além disso, como o Estado é o principal descumpridor de ordens judiciais, como se procederá em caso de aplicação da sanção ao próprio Estado? Haverá confusão<sup>321</sup> entre credor e devedor, extinguindo a obrigação? Melhor solução seria a reversão do valor da multa ao próprio Judiciário ou à parte prejudicada com o ato atentatório, permitindo ao próprio juiz, no curso do processo em que verificado o ato, a execução da multa<sup>322</sup>.

Ponto positivo da nova redação do art. 14 foi a alteração do *caput* para registrar que não só as partes, mas “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo” são sujeitos das obrigações processuais. Advogados, oficiais de justiça, serventuários, servidores públicos do executivo e legislativo, e mesmo particulares e pessoas jurídicas de direito privado em geral estão agora, de modo expresse, sujeitos à responsabilização por descumprimento de ordens judiciais.

De qualquer forma, ainda que passível de diversas críticas, a alteração legislativa promovida no art. 14 do Código de Processo Civil deve ser bem vinda: melhor pouco do que nada. O novo inciso e o novo parágrafo deixaram mais claro que o direito brasileiro admite o *contempt of court*, ou seja, o atentado ao exercício da jurisdição. Confirma-se, assim, uma miscigenação jurídica bastante saudável que já decorria dos princípios constitucionais e processuais aplicáveis.

Diversos autores brasileiros aplaudem a iniciativa legal. Luiz Rodrigues Wambier concorda que o *contempt of court* foi introduzido no direito brasileiro pela nova redação do art. 14 do Código de Processo Civil. Com a reforma, assinala, implantou-se no processo civil processual brasileiro “figura até então desconhecida (do nosso ordenamento processual). Trata-se da figura do *responsável* pelo

---

consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”. Portaria nº 49, de 1º de abril de 2004, do Ministério da Fazenda.

<sup>321</sup> Art. 381 do Código Civil: “Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor”.

<sup>322</sup> Alexandre Freitas Câmara sugere algo semelhante: “basta que se crie um fundo gerido pelo Poder Judiciário, para o qual deve reverter esta multa. Afinal de contas, o ato punido é atentatório ao exercício da jurisdição. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 8 ed. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2002, p. 153.

descumprimento de ordem judicial”<sup>323</sup>.

Ada Pellegrini Grinover também tem entendimento semelhante. Relata a tentativa frustrada de deixar clara a presença do *contempt of court*, com todos os seus efeitos, inclusive a prisão, no art. 14 do Código de Processo Civil brasileiro<sup>324</sup>. Mas reconhece que em diversos pontos o direito brasileiro já adota o *contempt*, como no caso das multas por litigância de má-fé e pelo descumprimento de ordens judiciais<sup>325</sup>.

Outro professor de Direito Processual Civil a encampar a tese é Alexandre Freitas Câmara, que reconhece “o *contempt of court* brasileiro, ou ato atentatório ao exercício da jurisdição, [foi] criado pela nova redação dada pela Lei nº 10.358/2001 ao art. 14 do Código de Processo Civil”<sup>326</sup>.

O mestre em Direito Júlio César Bueno é outro estudioso que apregoa a aplicação do *contempt of court* nas terras brasileiras. Afirma que “a sua adoção no direito processual civil brasileiro, surge, pois, como algo a ser alcançado, como uma possível resposta à ‘crise de autoridade’ do Poder Judiciário”<sup>327</sup>.

E já mais antigamente, em verdadeira demonstração de vanguardismo, Donaldo Armelin, procurador do Estado de São Paulo concitava o Judiciário a dotar-se de “instrumentos processuais que, através de coação indireta, inclusive pertinente à restrição da liberdade individual, permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e exaustiva”, citando expressamente o *contempt* anglo-saxônico<sup>328</sup>.

A discussão neste ponto acaba confluindo para a pergunta: é cabível a prisão civil por descumprimento de ordens judiciais com fundamento no art. 14 do Código de Processo Civil?

---

<sup>323</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *O contempt of court na recente experiência brasileira*: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. Revista de Processo, nº 119, ano 30, jan. 2005, p. 36.

<sup>324</sup> O Anteprojeto de Lei nº 14, que alterou o art. 14 do Código de Processo Civil, continha um §2º com a seguinte redação: “Se o responsável, no caso do parágrafo anterior, e devidamente advertido, ainda assim reitera a conduta atentatória ao exercício da jurisdição, o juiz poderá também impor-lhe prisão civil de até trinta dias, que será revogada quando cumprida a decisão judicial”.

<sup>325</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000, p. 67 e 68.

<sup>326</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa*. Revista Dialética de Direito Processual, nº 18, set/2004, p. 9.

<sup>327</sup> BUENO, Júlio César. *O contempt of court por descumprimento de ordem judicial*. São Paulo, Revista do Advogado, nº 84, 2005, p. 131.

<sup>328</sup> ARMELIN, Donaldo. *A tutela jurisdicional cautelar*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 23, jun./1985, p. 136-7.

O excluído §2º do art. 14 do Código de Processo Civil, proposto no Projeto de Lei nº 14, continha a seguinte redação: “Se o responsável, no caso do parágrafo anterior, e devidamente advertido, ainda assim reitera a conduta atentatória ao exercício da jurisdição, o juiz poderá também impor-lhe prisão civil de até trinta dias, que será revogada quando cumprida a decisão judicial”.

A exclusão, no entanto, apenas perdeu a chance de deixar claro aquilo que já decorria da natureza do sistema processual civil e da necessidade de respeito à soberania do Poder Judiciário e à norma constitucional que veda à lei excluir da apreciação lesão ou ameaça a lesão de direitos (art. 5º, XXXV).

Além disso, o próprio parágrafo único do art. 14 consigna que a multa será aplicada “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”. E, dentre as sanções civis e processuais cabíveis, como já se viu nos itens anteriores, está justamente a prisão com fundamento no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, ou no art. 84, §5º, do Código de Defesa do Consumidor.

Desavisadamente se poderia alegar que, como o §2º do Projeto de Lei nº 14 foi excluído pelas comissões do Congresso Nacional, “a vontade do legislador” indica que é ilegal a prisão civil por atentado ao exercício da jurisdição. Além do primário equívoco interpretativo, já que a hermenêutica não é ciência voltada à obtenção da “vontade” de um suposto “legislador”, dado evidentemente inatingível no universo de câmaras, comissões e mesmo de deputados e senadores, a proposição esquece premissa básica na interpretação jurídica: o texto legal é o ponto de partida de qualquer interpretação; e interpretar é criar<sup>329</sup>. O texto do parágrafo único do art. 14, tal qual sancionado pelo Poder Executivo, é claro em ressaltar a possibilidade de aplicação das “sanções criminais, civis e processuais cabíveis”, sem qualquer ressalva à prisão civil.

#### 4.4. Projetos de alteração do Código de Processo Civil

No cipoal de normas legais que regulam o direito processual civil brasileiro – em boa parte, como já se viu, desnecessárias – surgem ainda

---

<sup>329</sup> “Ambos os lados desse debate [sobre a importância da intenção do legislador] consideram que a intenção dos constituintes, se existe, é um fato psicológico complexo, trancado na história, à espera de ser extraído de panfletos, cartas e antigos anais. Mas esse é um erro comum e sério porque não há nada semelhante a uma intenção dos constituintes esperando para ser descoberto, mesmo que em princípio. Existe apenas alguma coisa esperando para ser criada”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000, p. 51.

outras propostas de alteração do Código de Processo Civil para tentar tornar mais efetivas as decisões judiciais.

O projeto apresentado pela Associação de Magistrados Brasileiros, até por se tratar de entidade cujos integrantes são eminentemente práticos do direito, ou seja, por se tratar de obra daqueles que conhecem os conflitos de perto e sofrem na própria pele as agruras de um processo no mais das vezes meramente declaratório, é mais realista.

Os projetos de códigos de processo coletivo, por outro lado, criados por comissões de juristas, tradicionalmente no Brasil distantes dos conflitos reais, são inócuos sob o ponto de vista da efetividade, embora tenham, evidentemente, grandes méritos. Mas, como se verá, focados que estão numa tentativa de positivista de sistematização, mantêm a tônica daquele paradigma de direito processual meramente declaratório, no qual o resultado prático parece ser alcançado simplesmente com a prolação da sentença ou da liminar.

E, por fim, como se verá, o anteprojeto de Código de Processo Civil, embora demonstre, tanto pela apresentação do presidente da comissão de juristas, quanto pela introdução assinada pelo presidente do Senado, uma intenção de tornar mais efetiva a tutela jurisdicional, continua limitado pelo tradicional receio de conferir poderes instrutórios *efetivos* aos juízes. Embora tenha méritos indiscutíveis, o anteprojeto peca por limitar o *imperium* no texto legal, clausulando as hipóteses em que o descumprimento de uma ordem judicial pode configurar o crime de desobediência, como se o descumprimento de qualquer ordem não fosse sempre uma desobediência.

#### **4.4.1. Projeto de Lei nº 132/2004 – outra tentativa de reforma do Código**

O Projeto de Lei nº 132/2004, apresentado pela Associação de Magistrados Brasileiros, demonstra o evidente anseio por tornar efetivas as decisões judiciais. E a origem do projeto – uma associação de magistrados – é sintoma claro de que realmente a falta de efetividade das decisões é sentida na pele por quem tem o pesado encargo de julgar.

Dentre as justificativas da proposição, encontram-se argumentos como o da insuficiência da multa prevista no art. 14. Afirma-se que o valor de 20% sobre o valor da causa por vezes é irrisório e não tem força coercitiva contra descumpridores contumazes ou insolventes. Além disso, o projeto externa a preocupação com o sistema de cobrança via dívida ativa, que acaba não exigindo o pagamento de multas de valores

baixos.

E sugere, por fim, a prisão civil como melhor forma de tornar efetivo o provimento jurisdicional, ressaltando expressamente que “não há incompatibilidade com a ordem constitucional vigente”, porque, nos termos da proposta, “a prisão não advém do inadimplemento de uma obrigação, mas sim do descumprimento de uma ordem judicial”<sup>330</sup>.

O projeto prevê que, se as circunstâncias do caso evidenciarem que a multa prevista será ineficaz, ou, quando houver renitência no pagamento da multa, “poderá o juiz decretar a prisão das pessoas enumeradas no caput pelo prazo de até 60 (sessenta) dias”.

O procedimento concede o prazo de cinco dias para apresentação de justificativa para o descumprimento do provimento mandamental e prevê que o incidente será processado nos próprios autos. E, por fim, prevê o projeto que, em caso de atos cuja execução seja personalíssima, o que tornaria impossível o cumprimento da ordem de dentro da prisão, “poderá o juiz suspender a ordem de prisão e colocar a parte ou o terceiro em liberdade pelo prazo necessário para o cumprimento do provimento”.

O projeto sem dúvida está em consonância com os “Pactos de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, firmados em 2004 e 2009, que têm por objetivo executar ampla reforma no sistema processual brasileiro com vista à celeridade, ao acesso e efetividade à Justiça<sup>331</sup>.

Todavia, o Projeto de Lei nº132/2004 foi arquivado diante da apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que apresenta o Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, objeto de análise na seção 4.4.3.

#### **4.4.2. Projetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos e Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**

A efetividade da tutela jurisdicional coletiva no Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC) e no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América não parece ter sido a grande preocupação das comissões de juristas que os elaboraram. Talvez não seja por outro motivo que uma das mais contundentes críticas a um dos

---

<sup>330</sup> Justificativa publicada no Diário do Senado Federal, em 14 de maio de 2004.

<sup>331</sup> BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. *O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano*. Dissertação. Mestrado em Direito. UFES. Vitória, junho de 2010, p. 100.

projetos brasileiro, seja a de “falta de vivência” de seu autor<sup>332</sup>.

Na justificativa para o projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, a professora Ada Pellegrini Grinover demonstra a intenção de “extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual”.

Todavia, embora preveja artigo específico para a “efetividade da tutela jurisdicional”, o projeto do Código Brasileiro não traz nenhuma nova regra. Afirma apenas – e isso a legislação hoje já prevê – que “para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais”<sup>333</sup>.

E, na sequência, registra o projeto que o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica, “nas hipóteses previstas no artigo 50 Código Civil e no artigo 4º da Lei n. 9.605/98”, o que, além de limitar a desconsideração, excluindo as hipóteses que porventura não se amoldem às previsões do Código Civil ou da Lei de Crimes Ambientais, também é previsão completamente desnecessária.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América não vai além. Prevê, também num tímido art. 4º, sob o título de “efetividade da tutela jurisdicional” que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”<sup>334</sup>. E isso depois de uma exposição de motivos que proclama que “o Código se preocupa eminentemente com a efetividade do processo coletivo, que deve levar a uma resposta jurisdicional realmente capaz de satisfazer os direitos transindividuais violados ou ameaçados”<sup>335</sup>.

Parece, pelo que se observa da leitura dos projetos e das justificativas, que a preocupação com a efetividade das decisões

---

<sup>332</sup> A polêmica já rendeu inclusive ações indenizatórias promovidas por Ada Pellegrini Grinover contra Antônio Gidi. Na resposta de Eurico Ferraresi afirma que “nos processos coletivos a importância da ‘vivência’ multiplica-se, sobretudo porque sobressaem nesses casos a dimensão social e política da controvérsia”. FERRARESI, Eurico. *O Código de Processo Coletivo* de Antônio Gidi. Disponível em <http://www.gidi.com.br/Ada%20P.%20Grinover/C%20Resposta%20de%20Eurico%20Ferraresi.pdf>, acesso em 17.7.2011.

<sup>333</sup> A íntegra do projeto e da justificativa se encontra em [http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias\\_de\\_talhe.asp?campo=2897](http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_de_talhe.asp?campo=2897), acesso em 17.7.2011.

<sup>334</sup> [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_portugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf)

<sup>335</sup> [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_28_2_2005.pdf)

judiciais não sai do plano da declaração. O juiz pode *declarar* a desconstituição da pessoa jurídica e pode *declarar* o direito com base em qualquer ação prevista no direito brasileiro. Mas, e depois da declaração, como se vai efetivar a ordem judicial?

Um exemplo serve para esclarecer o ponto. Imagine-se uma empresa que tenha enterrado lixo tóxico em seu imóvel. Algum legitimado propõe ação civil pública para obrigar a empresa a destinar adequadamente o lixo. A liminar é deferida para que a destinação adequada seja feita em 30 dias. A empresa fecha as portas. O patrimônio do empresário está oculto. Desconsiderar a pessoa jurídica de nada adiantará. A previsão de multas não terá coercitividade alguma. Buscas pelo patrimônio do empresário levarão anos. Na atual sistemática, não modificada pelos projetos, a multa terá de ser executada somente depois do trânsito em julgado. Enquanto isso, os danos ambientais provenientes do material tóxico se espalham.

Será realmente efetivo o processo que não permita ao juiz fazer cumprir sua ordem? Nenhuma das ações disponíveis permite, se não se adotar a prisão civil, seja efetivo o comando judicial. A desconsideração da pessoa jurídica não é igualmente efetiva e fica, também, apenas no âmbito da declaração: *declara-se* que o patrimônio do sócio é também responsável pelas obrigações da empresa, nada mais.

#### **4.4.3. Anteprojeto de Código de Processo Civil: ainda uma tentativa desatendida de tornar o processo mais efetivo**

Tramita no Congresso Nacional o Anteprojeto de Código de Processo Civil. Pretende, conforme a nota introdutória assinada pelo presidente do Senado, apresentar um Código de Processo Civil, que torne “mais *efetivos* vários aspectos pontuais da aplicação da justiça”. O projeto também pretende privilegiar “a celeridade do processo e a *efetividade* do resultado da ação”<sup>336</sup>. Como já indicam os grifos, o primeiro aspecto a destacar, portanto, é a declarada preocupação com a *efetividade*.

Na apresentação do anteprojeto, o presidente da comissão de juristas, Luiz Fux, afirma terem mergulhado “com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos

---

<sup>336</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil*: anteprojeto. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. Íntegra disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, acesso em 28.7.2011.



*eficazes*, consagrados nas famílias da *civil law e da common law*”. Novamente o grifo não deixa dúvidas: a preocupação com a efetividade.

E é sintomático que o primeiro parágrafo da exposição de motivos apresente exatamente esta tônica: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a *realização dos direitos*, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”. Em nota de rodapé, faz menção à “efetiva satisfação” dos direitos, demonstrando, assim, a preocupação vigente ao tempo da elaboração do anteprojeto.

Este Anteprojeto que declara tão bem a importância de maior efetividade do resultado prático, todavia, mantém, na essência, as mesmas regras ineficazes do atual Código de Processo Civil. Parece não ter conseguido a comissão de juristas transportar os anseios populares, políticos e jurídicos de efetividade das páginas introdutórias ao texto do Anteprojeto.

Vale analisar aqui os pontos do Anteprojeto relacionados ao objeto deste trabalho.

Quando trata dos deveres das partes, prevê o Anteprojeto que é obrigação “cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (art. 66, V). esta regra é idêntica à vigente regra do Código de Processo Civil.

Todavia, reconhece imunidade aos advogados, que continuam, diferentemente de peritos, oficiais de justiça, servidores, prefeitos, médicos, professores, engenheiros, empresários, enfim, diferentemente de todas as outras pessoas, apenas com a responsabilidade administrativa, perante a Ordem dos Advogados do Brasil. Para todos os demais que, não sendo partes, “de qualquer forma participem do processo”, é prevista a aplicação de multa pelo descumprimento daquela obrigação de cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental. Para estes, exceto os advogados, “a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa” (art. 66, §1º).

As mesmas considerações que se fez na seção 4.3.3. servem para cá. Limitar o valor da multa a 20% é desconhecer a diversidade do cotidiano forense, em que não raras vezes o valor da causa, limitado por outras questões processuais, acaba sendo inferior ao efetivo valor da

obrigação. Além disso, o valor da causa reflete o valor econômico do proveito a ser obtido pela parte e, em se tratando de desrespeito à jurisdição, não se pode mensurar o dano causado ao Estado com a conduta daquele que desacata um provimento jurisdicional.

A atecnia em se limitar a obrigação de “cumprir com exatidão” às decisões de “caráter executivo ou mandamental”, já explorada na seção 4.3.3, dá a entender que as decisões de caráter condenatório não têm a mesma garantia. Em outras palavras, ao limitar o dever de “cumprir com exatidão” à decisões de caráter executivo ou mandamental, mantém o Anteprojeto a paradoxal ausência de previsão com relação às decisões de caráter condenatório, o que, evidentemente, não pode ser admitido.

É sábio o Anteprojeto, todavia, ao acabar com a exigência de inscrição em dívida ativa, que na prática limitava a efetividade da multa ao interesse da Fazenda Pública em executá-la. Pelo texto do art. 66, §2º, “o valor da multa prevista no § 1º deverá ser imediatamente depositado em juízo, e seu levantamento se dará apenas depois do trânsito em julgado da decisão final da causa”.

Seria importante que, como a previsão do direito processual alemão, houvesse a previsão de infligir a multa repetidamente tantas vezes quantas fossem necessárias até o efetivo cumprimento da obrigação. Do contrário, numa causa valorada em R\$ 100.000,00, por exemplo, a multa máxima seria de R\$ 20.000,00 e, uma vez paga, não mais haverá mecanismos de impor ao devedor o cumprimento da decisão judicial. Se a decisão, por exemplo, obriga um terceiro a reflorestar uma área devastada e o custo da obrigação é de R\$ 100.000,00, será melhor para o terceiro pagar a multa de R\$ 20.000,00 e não cumprir a ordem judicial.

Também merece aplausos o Anteprojeto quando prevê, no capítulo que trata do cumprimento da sentença ou liminar que reconheça obrigação de fazer ou não fazer<sup>337</sup>, que a multa seja destinada ao autor<sup>338</sup>. Até o limite do valor da causa, a multa será revertida ao autor

---

<sup>337</sup> Art. 502. Para cumprimento da sentença que reconheça obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do credor, podendo requisitar o auxílio de força policial, quando indispensável. Parágrafo único. Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa por tempo de atraso, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, a intervenção judicial em atividade empresarial ou similar e o impedimento de atividade nociva.

<sup>338</sup> Art. 503. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito. [...] § 5º O valor

da ação; o que exceder, reverterá à unidade da federação do juízo, ou seja, ao Estado, na justiça comum, e à União, na justiça federal, do trabalho e militar. Poderia a previsão do Anteprojeto ser perfeita se não exigisse a inscrição em dívida ativa deste valor excedente, o que trará os mesmos inconvenientes já apontados na seção 4.3.3.

Digno de nota igualmente é o art. 107, que admite genericamente quaisquer medidas coercitivas para assegurar o cumprimento da ordem judicial, ainda que, por timidez, não tenha previsto expressamente a prisão civil<sup>339</sup>.

Perde o Anteprojeto, contudo, a oportunidade de prever medidas mais adequadas quando as circunstâncias assim o exigirem. Quando o descumprimento da ordem judicial puder prejudicar “diretamente a saúde, a liberdade ou a vida”, prevê o §8º do art. 503 que o juiz pode conceder “providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência”<sup>340</sup>.

Como se verá adiante, a ameaça de “prisão” por crime de desobediência é completamente inócua, por vezes inclusive menos coativa que a própria multa, de modo que, nestas graves situações, quando estiver em jogo saúde, liberdade ou vida, continua o Anteprojeto sem previsão expressa de medida suficiente para obter o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer<sup>341</sup>.

da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

<sup>339</sup> Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – promover o andamento célere da causa; II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei; III – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

<sup>340</sup> Art. 503, § 8º: “Sempre que o descumprimento da obrigação pelo réu puder prejudicar diretamente a saúde, a liberdade ou a vida, poderá o juiz conceder, em decisão fundamentada, providência de caráter mandamental, cujo descumprimento será considerado crime de desobediência”.

<sup>341</sup> É interessante anotar que Luiz Fux, presidente da comissão de juristas, ex-juiz, ex-desembargador e professor da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, em textos científicos e doutrinários publicados, entende que a prisão pelo crime de desobediência é suficiente para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação. No Curso de Direito Processual Civil, afirma que a reforma do art. 14 do Código de Processo Civil “deixou claro que as decisões antecipatórias são mandamentais e, portanto, o descumprimento das mesmas implica delito de desobediência”. Mais adiante, afirma que “a sanção civil consiste nas perdas e danos e as sanções processuais são as aplicáveis ao litigante de má-fé, tais como a multa como meio de coerção que incide até o cumprimento da sentença ou a interdição processual genericamente prevista no ‘atentado’”. FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 518-519. Num artigo científico, afirma o mesmo presidente da comissão de

#### 4.5. A ineficácia do crime de desobediência

Há quem entenda haver no direito brasileiro alternativas à prisão civil pelo descumprimento de ordens judiciais. Para os defensores desta tese, o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, já seria suficiente para harmonizar o sistema jurídico nacional e obter a coercibilidade necessária<sup>342</sup>.

Outra linha, capitaneada por Araken de Assis, semelhante à adotada na Itália, entende “possível criar tipo penal particular, cominando pena elevada, quiçá tornando-o inafiançável”. Após a conclusão pela inaplicabilidade da prisão civil no caso de descumprimento, lamenta-se no entanto Araken de Assis que “o individualismo e a despreocupação social imperem no processo civil brasileiro”<sup>343</sup>.

Mas a terceira linha de raciocínio, atenta aos efeitos práticos da tese, entende inviável a obtenção da necessária coerção pela via do crime de desobediência<sup>344</sup>. Como já deve ter ficado claro até aqui, não há dúvidas de que esta terceira linha é mais adequada.

O crime de desobediência, tal qual previsto atualmente no Código Penal, é insuficiente para exercer qualquer poder de coerção. O tipo prevê sanção de quinze dias a seis meses de detenção, que admite todas as medidas despenalizadoras do direito penal vigente, incluindo a inviabilidade de imposição de flagrante em caso de compromisso de comparecimento aos juizados especiais<sup>345</sup>, a transação penal<sup>346</sup>, a

---

juristas que “descumprida imotivadamente a decisão o devedor é passível de sofrer a coerção pessoal da prisão, sem prejuízo do cumprimento específico da obrigação”, esquecendo, como se demonstrará a seguir, a ineficácia do crime de desobediência para operar qualquer tipo de coerção pessoal. FUX, Luiz. O descumprimento das decisões judiciais e a criminalização do processo civil (breves reflexões). *Revista de Direito Renovar*, n. 26, p. 39-44, maio/ago. 2003.

<sup>342</sup> NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba : Juruá, 2006. p. 241: “Enquanto isso não ocorre [tornar expressa a possibilidade de prisão civil] pensamos que a melhor solução alternativa [...] seja a ameaça de aplicação do dispositivo penal previsto no art. 330 do CP (desobediência) em caso de descumprimento de ordem judicial”. Mas alerta em nota de rodapé: o ideal “seria alterar a legislação para que tal tipo penal ficasse clarividente nestas situações”.

<sup>343</sup> ASSIS, Araken. *O contempt of court no direito brasileiro*. Revista de Processo. v. 111. São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 2003, p. 34-35.

<sup>344</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A prisão civil como meio coercitivo. In: [http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A\\_PRISAO\\_CIVIL\\_COMO\\_MEIO\\_COERCITIVO](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A_PRISAO_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO), acesso em 11.8.2011.

<sup>345</sup> Art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95: “Ao autor do fato que, após lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

suspensão condicional do processo<sup>347</sup>, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos<sup>348</sup>, que no caso deve ser substituída por multa de no máximo 360 salários mínimos, e a suspensão condicional da pena<sup>349</sup>.

Em resumo, portanto, se o agente for preso em flagrante por descumprir ordem judicial, será conduzido à Delegacia de Polícia e, se se comprometer (simplesmente se comprometer) a comparecer à audiência preliminar no juizado especial criminal, será imediatamente liberado. No juizado especial, poderá negar a proposta de transação e vir a ser denunciado. Antes do recebimento da denúncia, todavia, terá nova chance de aceitar a suspensão do processo. Não aceitando, se efetivamente condenado poderá ter sua pena privativa de liberdade convertida numa simples e irrisória multa. Se não pagar a multa, opera-se a conversão da pena restritiva em privativa de liberdade e a aplicação da sanção será suspensa mediante as condições do art. 77 do Código Penal. Isso tudo se não ocorrer a prescrição no exíguo prazo do art. 109, VI, do Código Penal: dois anos. A ordem descumprida, no entanto, continuará solenemente ignorada pela parte, sem qualquer outra consequência.

Quando não parece haver dúvida alguma de que o crime do art. 330 do Código Penal é absolutamente inócuo para esta espécie de desobediência, ainda há que se recordar outras circunstâncias que tornam a primeira tese indefensável.

É que o crime de desobediência está contido no capítulo referente

<sup>346</sup> Art. 76: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”.

<sup>347</sup> Art. 89 da Lei nº 9.099/95: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

<sup>348</sup> Art. 44 do Código Penal: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

<sup>349</sup> Art. 77 do Código Penal: “Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”.

aos crimes praticados *por particular* contra a Administração. Como boa parte das desobediências a ordens judiciais provém – pasme-se! – de administradores públicos, há quem sustente, em nosso ver sem razão, que não se aplica o art. 330 do Código Penal. Se o crime é da espécie dos “praticados por particular”, não pode haver punição de agente público, ainda que o tipo penal não contenha a restrição, é o que entendem algumas decisões judiciais<sup>350</sup>.

A tese adotada por Araken de Assis também é pouco arrojada e nos parece afastada dos já demonstrados princípios gerais de direito e da atual fase *instrumentalista* do processo civil brasileiro. Na crítica à sua tese pode-se ler também a segunda crítica à tese dos que entendem cabível a sanção pelo art. 330 do Código Penal.

É que a prisão civil daquele que descumpre ordens judiciais de que está tratando neste trabalho e que vem ganhando corpo em todo o país entre juristas e na jurisprudência é um *meio coercitivo* para obter-se o resultado prático advindo do provimento judicial. A prisão civil aqui proposta *não* é uma *sanção* pelo descumprimento da ordem. Por isso, não se pode invocar o direito penal (eminentemente sancionatório) para a hipótese. A substituição de um remédio pelo outro se demonstra totalmente inócua e inadequada.

A sanção criminal, por sua vez, só exerce – se é que exerce – algum caráter dissuasório até o momento em que o delito é cometido. Depois da consumação do crime, a única utilidade da sanção criminal é punitiva, ou seja, não é mais dissuasória ou coercitiva, perdendo, para efeitos de execução indireta de uma obrigação de fazer, qualquer função<sup>351</sup>.

Defende-se que deva haver sanção para todos os casos, tal qual ocorre no *criminal contempt of court*, em que, uma vez configurado atentado ao exercício da jurisdição instaura-se procedimento para aplicação das sanções correspondentes. Uma figura penal seria certamente adequada para a sanção. Mas também se defende que deva haver, quando necessária, a prisão civil como meio *coercitivo*, equivalente ao *civil contempt of court*, aplicável desde logo pelo magistrado desafiado em sua autoridade.

A proposta de criação de um tipo penal inafiançável também não

<sup>350</sup> STJ, 5ª T. HC nº 5.043-RS, j. 22.10.1996, rel. Min. José Dantas.

<sup>351</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A prisão civil como meio coercitivo. In: [http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A\\_PRISAO\\_CIVIL\\_COMO\\_MEIO\\_COERCITIVO](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A_PRISAO_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO), acesso em 11.8.2011: “[...] se a parte já descumpriu a ordem judicial, a prisão de cunho criminal perde totalmente sua condição coercitiva, passando a assumir caráter exclusivamente punitivo”.

é adequada e só demonstra que o citado Araken de Assis desconhece a prática processual penal. Diversos crimes previstos na legislação brasileira são hoje considerados inafiançáveis e nem por isso em caso de flagrante permanecem os réus presos até o final do processo, como parece supor o estudioso de processo civil. Os crimes hediondos e os crimes do Estatuto do Desarmamento, por exemplo, são inafiançáveis, mas a jurisprudência vem entendendo de forma unânime que, mesmo nesses casos, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, não é possível manter a prisão em flagrante.

Enfim, o que parece evidente é que não se podem confundir as estações. O crime de desobediência configura *sanção* pela desobediência de ordens judiciais. Não deixa de se configurar se depois da desobediência a ordem acaba cumprida. A prisão civil por desobediência, por outro lado, é *coerção* para cumprimento de ordens judiciais, e perdura até que se cumpra a ordem. Uma trata de punir, a outra de constranger ao cumprimento, e misturar os institutos acaba trazendo as inúmeras desvantagens mencionadas.

#### 4.6. Conclusão do capítulo

A maior evidência que a pesquisa da legislação brasileira trouxe é a falta de preocupação com o descumprimento de decisões judiciais. Nem códigos, nem juristas parecem atentar para algo absolutamente corriqueiro e previsível: que a parte insatisfeita simplesmente não cumpra a ordem judicial que lhe é desfavorável.

E mesmo quando a legislação tenta prever alguma providência para melhorar os resultados práticos do processo brasileiro (art. 14), a falta de técnica processual adequada torna os projetos legislativos e as alterações já obtidas completamente inócuas.

Evidencia também que ao longo dos anos foi-se confundindo *pena* de desobediência com *crime* de desobediência. A primeira é decorrência do poder de imperium e admite quaisquer medidas necessárias à execução da ordem judicial; é instrumento de execução. O segundo é crime, é sanção, é punição pelo desrespeito à ordem; cumprida ou não a ordem, incide.

O *contempt of court*, muito tempo antes de o termo inglês ter sido apresentado no Brasil, já era ínsito ao sistema processual, como demonstrou o estudo ao citar a Lei do Mandado de Segurança, o art. 885 do Código de Processo Civil, o art. 22, IX, da Lei de Inelegibilidades, as ações possessórias, dentre diversas outras.

O direito brasileiro fica, assim, com esta perda de sua memória,

refém da ineficiência jurisprudencial que se criou ao longo dos anos. Tem mecanismos para proclamar uma sentença, para expedir mandados e declarar a proteção do bem juridicamente tutelado, mas é castrado na eficiência: as declarações não saem dos fóruns e das páginas dos processos. Parece que, ao jurista, basta-lhe a declaração, que teria o poder mágico de transformar o mundo mesmo com um direito processual sem coercibilidade, mesmo com normas sem força-de-norma.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo partiu da inquietação do autor sobre a pequena preocupação da legislação e dos próprios profissionais do direito acerca da efetividade das decisões judiciais.

Iniciou-se então a pesquisa com a investigação das fontes romanas que inspiraram boa parte do direito moderno, examinando a evolução do direito antigo para buscar as raízes dos sistemas atuais. Lá se conseguiu observar que os romanos, dotados de um senso prático avançado, sempre conferiam ao magistrado romano o poder de império, ou seja, incluíam no poder de julgar o poder de coerção necessário a tornar efetivas as decisões judiciais.

O direito medieval, o canônico e o lusitano acabaram se mesclando ao direito romano e serviram de fundamento para o direito brasileiro nascido ainda num tempo em que o Brasil era colônia de uma metrópole em franco declínio. Ao invés de regras apropriadas para a sociedade brasileira, o bacharelismo colonial entendia que as normas estrangeiras não necessitariam de qualquer adaptação para serem aqui aplicadas. E assim importaram aquele caldo de culturas européias, bárbaras e romanas para ser digerido no Brasil.

Longos anos se passaram nos trabalhos de codificação e adaptação, sempre, ainda, com intensos resquícios de colonialismo. Teixeira de Freitas, que elaborou talvez o código civil mais adequado à sociedade brasileira, foi solenemente ignorado; em seu lugar, um código pautado pelas regras francesas – incluindo o culto exagerado ao indivíduo – impostas por Napoleão, com Clóvis Bevilacqua.

O Direito Processual Civil brasileiro também se manteve alinhado a este estágio positivista de nossa intelectualidade jurídica. Discussões graves foram travadas sobre a “natureza” do direito de ação, ao passo que as preocupações com a efetividade passavam ao largo, como se não fossem legítimas ou como se não se pudesse reconhecê-la.

Diversos fatores, no entanto, impuseram a evolução, todos permeados pelo fenômeno ainda hoje não bem explicado que vem sendo chamado de pós-modernidade. A crise de legitimidade do Poder Judiciário, causada pelo declínio da autoridade tradicional e pela constatação da inexistência de uma autoridade racional-legal levaram à perda de fundamentos numa sociedade cada vez mais ávida por informação e velocidade, cada vez mais massificada nas grandes metrópoles. E nem mesmo a funcionalização do direito processual ou o incremento da participação de terceiros na decisão judicial conseguiram

reaver a legitimidade diminuída do Judiciário. Aliou-se a tudo isso o surgimento de novos direitos, que impeliram de uma vez por todas a legislação e o Poder Judiciário no caminho da evolução em prol da efetividade, e as demandas sociais paulatinamente mais exigentes de participação popular.

Evidentemente, a efetividade não pode ser o único reitor do processo civil. Os direitos fundamentais, dentre eles também o da efetiva prestação jurisdicional, do contraditório e da ampla defesa devem se harmonizar de modo a permitir que na ponderação dos princípios em discussão obtenha-se a menor intervenção possível nos direitos fundamentais. Ressalta-se, no entanto, que os interesses coletivos, notadamente quando tutelados pela via da participação popular, sem sombra de dúvida têm maior força *a priori* na ponderação, inclusive quando comparados à liberdade individual, por exemplo.

Nestes termos é que deve ser compreendida a regra do art. 5º, LXVII, da Constituição da República. Não se diz ali que qualquer prisão civil está vedada, mas apenas a prisão civil por dívida. E o conceito de “dívida” para o texto constitucional, se comparado às diversas regras internacionais que regem o tema, inclusive aos tratados de direitos humanos, compreende apenas “dívidas pecuniárias”. Alguns dos textos internacionais são mais restritos e entendem que a vedação da prisão civil por dívidas pecuniárias só atinge aquelas oriundas de obrigações contratuais.

A obrigação de cumprir com exatidão ordens judiciais, portanto, não pode ser compreendida como “dívida” perante o juiz ou perante a outra parte do processo, para fins de aplicação do art. 5º, LXVII, como se “dívida” e “obrigação” fossem sinônimos para o texto constitucional. Apenas quando se trate de prisão por dívida pecuniária é que se nega a possibilidade de prisão civil para constranger o devedor ao cumprimento da obrigação. Em todas as outras obrigações provenientes de ordem judicial, a depender da ponderação de interesses, é viável a prisão civil como forma de coerção. Esta conclusão não é alterada quando a multa é aplicada inicialmente em lugar da prisão. Se a multa não for suficiente, por qualquer motivo, a prisão poderá ser infligida.

Nenhuma alteração legislativa é necessária para reconhecer a validade de tal raciocínio. A redação original do próprio Código de Processo Civil e a legislação extravagante já continham diversas previsões permitindo a prisão daquele que descumprisse ordens judiciais, como por exemplo no art. 885 do Código de Processo Civil, no interdito proibitório, no poder geral de cautela e na Lei de Inelegibilidades.

Atualmente, com a redação dos arts. 14, 273 e 461 do Código de Processo Civil, além da redação do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, não pode haver qualquer dúvida sobre a legitimidade da prisão civil para coagir a parte ao cumprimento da ordem judicial. Os dispositivos utilizam-se propositalmente de conceitos vagos para admitir quaisquer medidas necessárias e suficientes a obter o resultado prático equivalente ao adimplemento voluntário da obrigação. Se preciso for, portanto, e sempre ponderado pelo princípio da proporcionalidade, é cabível a prisão civil do descumpridor de ordens judiciais.

A prisão *criminal*, quer pela atual ineficácia do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), quer pela sua natureza eminentemente sancionatória, não é adequada nem razoável para o mesmo fim. Para coagir alguém a cumprir uma ordem judicial se exige um mecanismo de *coerção*, efeito que não se consegue obter pela instituição de um *crime*, naturalmente voltado à *sanção* da conduta.

A tônica do direito brasileiro, tal qual evidenciada ao longo do estudo, é preocupante. O desapego aos resultados práticos e a estima excessiva com o rebuscamento e com as importações doutrinárias acabam tornando os tribunais senhores da declaração e servos da efetividade. Brilhantemente geram eloquentes teses jurídicas. Esquecem, todavia, da realidade viva debaixo dos volumes dos processos, que não se contenta com uma sentença que, embora brilhante, que não “dá a cada um o que é seu”.

E, cedendo ao encantador discurso em prol das liberdades individuais, tão próprio do liberalismo francês mal adaptado ao Brasil, olvidam de uma regra simples mas importante: “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias”<sup>352</sup>.

É preciso, por esses motivos, que se reconheça ao Judiciário o poder de império inerente ao poder jurisdicional, como é tradição desde os tempos da Roma antiga, e como atualmente o mundo civilizado racionalmente reconhece. Se países como Canadá, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos da América, além de tratados internacionais sobre direitos humanos, reconhecem abertamente a viabilidade da prisão civil por descumprimento de ordens judiciais, constando inclusive de seus códigos a previsão, e se o exame destes sistemas jurídicos evidencia

---

<sup>352</sup> JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*: nas diversas fases do seu desenvolvimento. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro : Alba Editora, 1943, v. I, p. 44.

inegável superioridade, é preciso reconhecer que a solução apontada neste estudo é adequada e precisa imediatamente ser adotada na prática forense brasileira.

Há quem diga que a prisão civil é instituto velho para tratar de problema novo, gerado pela pós-modernidade. Discorda-se. A prisão é inerente ao poder jurisdicional e jamais poderá ser abandonada, simplesmente porque o gênio humano naturalmente tende ao descumprimento das imposições com as quais não concorde. Sempre haverá quem, ainda que vencido, insurja-se ilegitimamente contra uma ordem judicial, quer por força de seu poder econômico, quer pela falta de espírito democrático, quer por qualquer outro motivo. E, ainda mais quando, como no processo coletivo pós-moderno, a decisão detiver vinculatividade especial em decorrência da participação popular em contraditório, mas também no processo coletivo tradicional ou mesmo individual, não há dúvidas de que o descumprimento da ordem judicial é inaceitável e, dentro dos limites da ponderação, pode em último caso ser objeto de medida drástica como a prisão civil coercitiva.

A falta de previsão legal ou de parâmetros legais para indicar os casos passíveis de prisão civil não impede a adoção da medida como técnica de efetivação de uma decisão judicial, seja ela obtida em processo individual ou coletivo. Tal como inexiste previsão legal ou parâmetros para a cobrança da multa aplicada por descumprimento de uma ordem judicial, também não é necessária previsão legal para a prisão civil coercitiva. O devido processo legal, todavia, deve ser garantido, com o respeito ao contraditório e à ampla defesa, utilizando-se como padrão de operacionalidade as regras da prisão civil por alimentos, ou seja, com garantia de ampla defesa e contraditório. Os parâmetros podem e devem ser criados pela jurisprudência e jamais pelo Legislativo<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> Relembre-se Dworkin: “Os legisladores não estão em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000, p. 27.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poletti. São Paulo : Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. v. 786, p. 21, abr. 2001.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo : Companhia das Letras, 2004.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão civil como meio coercitivo*. In: [http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A\\_PRISAO\\_CIVIL\\_COMO\\_MEIO\\_COERCITIVO](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/143282/A_PRISAO_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO), acesso em 11.8.2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 394-395.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela inibitória na vida privada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 23, jun./1985, p. 111-137.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ASSIS, Araken. *O contempt of court no direito brasileiro*. *Revista de Processo*. v. 111. São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 2003, p. 18-36.
- AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Prisão Civil por Dívida*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- BANDEIRA, Leonardo Costa. *Do direito constitucional de recorrer em liberdade*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.
- BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. *O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano*. Dissertação. Mestrado em Direito. UFES. Vitória, junho de 2010.
- BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. *O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano*. Dissertação. Mestrado em Direito. UFES. Vitória, junho de 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º. v. 3 ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 2010.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. New Jersey : The Lawbook Exchange, 2004.

BESSO, Chiara. *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*. Turim : G. Giapichelli Editore, 2002.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6th ed. Saint Paul (Minnesota) : West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. 2 ed. Milano : Edizioni di Comunità, 1984.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem Varriale et al. 5 ed. Brasília : Editora da UnB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo : Malheiros, 2001.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo : LTr, 2008.

BRASIL Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm), acesso em 2.9.2011.

BRASIL. Lei nº 8.038 de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm), acesso em 2.9.2011.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 132, de 2004. Modifica o art. 14 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil e dá outras providências. (Dispõe sobre o aprimoramento e agilização na prestação jurisdicional). [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=67723](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=67723), acesso em 2.9.2011.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 166/2010. Reforma do Código de Processo Civil. [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249), acesso em 2.9.2011.

BUENO, Júlio César. O contempt of court por descumprimento de ordem judicial. São Paulo, *Revista do Advogado*, nº 84, 2005, p. 130-141.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. 8 ed. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 18, set/2004, p. 9-19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1998.

CAPELLARI, Eduardo. A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade – a necessidade de uma definição conceitual. *Revista Sequência*. Florianópolis, CPGD/Ufsc, v. 20, nº 39, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1993.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *Evolução do Direito*. Tradução de Henrique Carvalho. Belo Horizonte : Ed. Líder, 2004.

CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1935.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12 ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

COPALO, Edilane Del Rio. *ICP – Brasil*. Revista CEJ, Brasília, nº 20, p. 58-66, jan./mar. 2003.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Relativizar ou não relativizar (a coisa julgada material)? eis a questão. *Revista Atuação*. Ministério Público de Santa Catarina. v. 4, nº 10, set./dez. 2006, p. 175-212.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo : Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 3ª tir. São Paulo : Malheiros, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas : Bookseller, 2006.

FERRARESI, Eurico. *O 'Código de Processo Coletivo' de Antônio Gidi*. Disponível em <http://www.gidi.com.br/Ada%20P.%20Grinover/C%20Resposta%20de%20Eurico%20Ferraresi.pdf>, acesso em 17.7.2011.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo : Atlas, 2003.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. São Paulo : Saraiva, 1989.

FIGUEIRA Jr., Joel Dias. *Comentários á novíssima reforma do CPC*. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

FISCHER, Howard D. *The german legal system and legal language*. 4 ed. New York : Routledge-Cavendish, 2009, p. 225.

FLORENZANO, Modesto. *As revoluções burguesas*. 8. ed. São Paulo : Brasiliense, 1987.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. O processo civil na sociedade de informação. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. Ano 9, nº 17, p. 241-260, jan./jun. 2006.

FULGÊNCIO, Paulo César. *Glossário Vade Mecum*. Rio de Janeiro : Mauad X, 2007.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

FUX, Luiz. O descumprimento das decisões judiciais e a criminalização do processo civil (breves reflexões). *Revista de Direito Renovar*, n. 26, p. 39-44, maio/ago. 2003.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução de Maia Luíza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro : Revan, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1993.



- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro : Editora Aidê, 1992.
- GOREN, Simon L. *The Code of Civil Procedure Rules of the Federal Republic of Germany of January 30, 1877, and the Introductory Act for the Code of Civil Procedure Rules of January 30, 1877, as of January 1988*. Littleton, CO : F.B. Rothman, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. *Revista de Processo*, nº 102, ano 26, p. 219-227, abr./jun. de 2001.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge : Massachusetts Institute of Technology, 1998.
- HERZOG, Peter; WESER, Martha. *Civil procedure in France*. Netherlands : Martinus Nijhoff, 1967
- HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 782, 24 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7179>>. Acesso em: 19 jun. 2011.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras, 2006
- JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano: nas diversas fases do seu desenvolvimento*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro : Alba Editora, 1943, v. I, p. 44.
- JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1997.
- JORGE, Flávio Cheim; DIDIER Jr., Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1994.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII, t. 1, 2 ed. Rio de Janeiro : Forense.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2 ed. Curitiba : Juruá, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 847, p. 78-95, maio de 2006.

LONG, George. *Imperium*. in SMITH, William. *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London : John Murray, 1875.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

LUIZ, José Victor Regadas. *Estado de exceção como regra: o impasse contemporâneo à resistência política no pensamento de Giorgio Agamben*. In: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/jose\\_luiz\\_33.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/jose_luiz_33.pdf), acesso em 2.5.2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. 2 ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. A reforma do CPC e a efetividade do processo (tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer). *Genesis - Revista de Direito Processual Civil*. Número 1, janeiro/abril de 1996, p. 85-95.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

MARINS, Victor Bomfim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 12. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Sociedade de informação e serviços bancários: primeiras observações*. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 10, nº 39, p. 49-74, jul./set. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

- MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo : Saraiva, 2004.
- MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma (org). *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói : Impetus, 2004.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo : Martin Claret, 2010.
- MOTA, Lise Nery. *Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.
- NASCIMBENI, Asdrúbal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba : Juruá, 2006.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 36 ed. São Paulo : Saraiva, 2004.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo : Saraiva, 2003.
- OLGIATI, Vittorio. *Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um 'engate operacional' para uma sociologia do direito europeia*. In FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. 1 ed. 3 tir. São Paulo : Malheiros, 2010.
- PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Primeiras linhas em direito eletrônico. *Revista Ciência Jurídica*. Ano XVII. v. 109, p. 27-77, jan./fev. 2003.
- PASOLD, César Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis : Conceito Editorial, Millennium Editora, 2008.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. v. 4. 7 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Madrid : Saturnino Calleja, 1926.
- PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2011.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º v. São Paulo : Saraiva, 1989.
- PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela di condanna. *Rivista Trimestrale di Diritto i Procedura Civile*. nº 33. Milão : Giuffré, 1978.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XII. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XIII. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1979.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, ano 32, nº 149, mar/2007, p. 125-149.

RICCI, Edoardo. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. *Genesis-Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 7, p. 87-95, jan./mar. 1998.

ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 8, n. 8, jul./dez. 2010, p. 101-111.

SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Prisão como meio coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 38, p. 98-112, maio de 2006.

SANTOS Fº, Orlando Venâncio. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *A Função Social do Contrato*. Florianópolis : Editora da OAB, 2004.

SANTOS, Eduardo Sens dos. Bloqueio on-line de ativos financeiros: aspectos práticos. *Revista Atuação – Ministério Público Catarinense*. Florianópolis, v. 4, nº 9, mar./ago. 2006, p. 133-142.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Record, 2001.

SCHILLER, A. Arthur. *Roman law: mechanisms of development*. Malta : Mouton Publishers, 1978.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *As barbas do imperador*. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. Direito informacional: direito da sociedade de informação. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 859, p. 743-759, maio de 2006.

SOUZA, Mario Guimarães. *Da prisão civil*. Recife : Jornal do Commercio, 1938.

SOUZA, Motauro Ciocchetti de. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo : Saraiva, 2000.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e ‘execução indireta’. A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo de Execução e Assuntos Afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e “execução indireta”: a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 28/1999, São Paulo : Malheiros.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 34 ed. v. III. Rio de Janeiro : Forense, 2005.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36 ed. v. II. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41 ed. v. I. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

VELASCO, Ignácio Poveda. *A execução do devedor no direito intermédio*. São Paulo : Livraria Paulista, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. *Revista de Processo*, nº 119, ano 30, p. 35-59, jan. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 8 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLFF, Hans Julius. *Roman law: an historical introduction*. Oklahoma : University of Oklahoma Press, 1951.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Moratto (organizadores). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas; uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo : Saraiva, 2003.

ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Matthias. *Introduction to german law*. 2 ed. Netherland : Kluwer Law International, 2005.

ZENKER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.